UNIVERSITÉ DE LAUSANNE
FACULTÉ DE DROIT

La protection du patrimoine du mineur soumis à l'autorité parentale

THÈSE

de licence et de doctorat
présentée à la Faculté de Droit
de l'Université de Lausanne

par

JEAN-PIERRE MOSER
Licencié en droit

1977

Imprimeries Réunies S.A., Lausanne

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546809_0002

La protection du patrimoine du mineur soumis à l'autorité parentale

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE
FACULTÉ DE DROIT

La protection du patrimoine du mineur soumis à l'autorité parentale

THÈSE

de licence et de doctorat
présentée à la Faculté de Droit
de l'Université de Lausanne

par

JEAN-PIERRE MOSER
Licencié en droit

Imprimeries Réunies S.A., Lausanne

IMPRIMATUR

Le Conseil de la Faculté de Droit, sans se prononcer sur les opinions de l'auteur, autorise l'impression de la thèse de Monsieur Jean-Pierre MOSER, candidat à la licence et au doctorat en droit, intitulée: *La protection du patrimoine du mineur soumis à la puissance paternelle.*

Lausanne, le 25 mars 1974

Le doyen de la Faculté de droit:

B. DUTOIT

L'autorisation délivrée le 25 mars 1974 est étendue aux modifications que le candidat a introduites en raison de la modification ultérieure du Code civil.

Lausanne, le 7 juin 1977.

Le doyen de la Faculté de droit:

PIERRE MOOR

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Table des matières

Abréviations 13
Introduction 15

Première partie

L'AUTORITÉ PARENTALE ET L'ADMINISTRATION LÉGALE

TITRE PREMIER: L'AUTORITÉ PARENTALE EN GÉNÉRAL

Chapitre premier: L'autorité parentale comme pouvoir unique sur la personne et les biens du mineur 20
Chapitre II: L'autorité parentale comme fonction familiale 26
Chapitre III: L'autorité parentale comme pouvoir de disposition 34

TITRE DEUXIÈME: L'ADMINISTRATION LÉGALE

Chapitre premier: L'objet de l'administration légale 40
Chapitre II: Le caractère tutélaire de l'administration légale 47
Chapitre III: L'application des règles de la tutelle à l'administration légale . . 57

Section 1 Le maintien de la substance du patrimoine 57
Section 2 La sûreté du patrimoine 62
Section 3 La productivité du patrimoine 67
Section 4 L'affectation des éléments du patrimoine 71
§ 1. Généralités 71
§ 2. L'affectation aux besoins personnels du mineur 71
§ 3. L'affectation aux dépenses liées à l'administration 73
§ 4. L'affectation aux besoins du ménage 76

Chapitre IV: Les pouvoirs du détenteur de l'autorité parentale 78

Deuxième partie

LES MESURES PRÉVENTIVES

Titre premier: la mesure vise le mineur

Chapitre unique: Les opérations prohibées (art. 408CC) 88

Section 1 La portée subjective de la prohibition 88

Section 2 La portée objective de la prohibition 95

§ 1. Quant au patrimoine 95

§ 2. Quant aux opérations 96

A. Les libéralités 96

B. Les fondations 101

C. L'intercession 101

Section 3 Conclusion 102

Titre second: la mesure vise le détenteur de l'autorité parentale

Chapitre premier: La surveillance de l'autorité 104

Section unique L'inventaire du détenteur unique de l'autorité parentale (art. 318 al. 2 CC) 104

§ 1. La portée objective de l'article 104

§ 2. Le devoir du détenteur de l'autorité parentale 106

A. But de l'inventaire 106

B. Contenu de l'inventaire 114

§ 3. Les attributions de l'autorité titulaire 118

A. Généralités 118

B. La dispense d'inventaire 119

C. L'inventaire 123

1. Examen 123

2. Compléments et rectifications 124

3. Mesures à prendre 128

Chapitre II: Le concours de l'autorité 130

Section 1 L'approbation des prélèvements aux fins d'entretien (art. 320 al. 2 CC) 130

§ 1. Portée de l'article 130

§ 2. Motifs de l'autorisation 132

A. Emploi des fonds 132

B. Dispense de restitution 135

C. Double représentation 139

D. Conclusion 140

§ 3. L'objet de l'autorisation 140
§ 4. Les conditions de l'autorisation 141
A. Les conditions objectives 141
1. L'obligation d'entretien 141
2. La nécessité 143
3. L'épuisement préalable des autres ressources 149
B. Les conditions subjectives 149
§ 5. Les pouvoirs de l'autorité tutélaire 150
A. Les renseignements nécessaires 150
B. Les décisions principales 151
C. Les dispositions accessoires 154

Section 2 L'approbation des conventions concernant l'obligation d'entretien (art. 287 et 288 al. 2 litt. a CC) 156
§ 1. Généralités 156
A. Le but et la nature de l'approbation 156
B. La portée objective des art. 287 et 288 CC 158
1. Reconnaissance de la paternité 158
2. Obligation d'entretien 159
3. Dispositions annexes 163
C. La portée subjective des art. 287 et 288 CC 164
§ 2. L'intervention du juge ou des autorités de tutelle 164
A. Eléments communs à ces deux interventions 164
B. Le concours des autorités de tutelle 166
1. Ratification de l'autorité de surveillance 167
2. Ratification de l'autorité tutélaire 170

Chapitre III: La représentation extraordinaire du mineur (art. 306 al. 2, 392 al. 2 et 3, 393 al. 2 et 3 CC) 172

Section 1 Le régime de la curatelle 172
§ 1. Curatelle de représentation et curatelle de gestion 172
§ 2. Curatelle et autorité parentale 176
§ 3. Le curateur et l'autorité de tutelle 179

Section 2 Les cas de curatelle 186
§ 1. L'empêchement des père et mère (art. 392 al. 3 et 393 al. 2 CC) 186
§ 2. L'opposition d'intérêts (art. 306 al. 2, 392 al. 2, 393 al. 2 CC) 190
A. Généralités 190
B. Conditions de l'opposition d'intérêts 194
1. La nature de l'avantage ou du désavantage 196
2. Origine de l'avantage et du désavantage correspondants 204
3. Intérêts déterminants 209
4. Patrimoine et affaires visés 213
§ 3. L'enfant conçu (art. 393 al. 3 CC) 220

Troisième partie

LES MESURES CORRECTIVES

Titre premier: les règles générales d'action des autorités de tutelle

Titre II: les comptes et rapports

Chapitre premier: Les conditions de la mesure 228

Section 1 En cas d'administration par le détenteur de l'autorité parentale . 228

§ 1. Généralités 228
§ 2. Le danger encouru par le patrimoine du mineur 228
§ 3. Le genre ou l'importance des biens 230
A. Le genre des biens 230
B. L'importance des biens 231
§ 4. La situation personnelle du détenteur de l'autorité parentale 232
§ 5. L'opportunité de la mesure 239

Section 2 En cas d'administration par un tiers 241

§ 1. Généralités 241
A. Les biens libérés 241
B. La gestion des biens libérés 242
§ 2. La qualité de l'administrateur 245
A. L'application de l'art. 322 al. 2 CC aux libéralités. . . . 245
B. La qualité de l'administrateur 246
C. Conclusion 251

Chapitre II: Les effets de la mesure 252

Section 1 Les devoirs du détenteur de l'autorité parentale 252

§ 1. Le but des comptes et rapports 252
§ 2. L'auteur des comptes et rapports 253
§ 3. Le contenu des comptes et rapports 253
§ 4. La périodicité des comptes et rapports 256

Section 2 Les attributions de l'autorité tutélaire 256

§ 1. Généralités 256
§ 2. L'examen de la gestion 256

Titre III: les mesures protectrices

Chapitre premier: Les conditions des mesures protectrices 260

Chapitre II: Les diverses mesures 265

Section 1 Mesures qui ne visent pas le détenteur de l'autorité parentale . . 265

Section 2 Mesures qui visent le détenteur de l'autorité parentale 267

§ 1. Information de l'autorité tutélaire 267

§ 2. Avis et directions au détenteur de l'autorité parentale . . . 268
§ 3. Prestation de sûretés 273
§ 4. Consignation 279

TITRE IV: LE RETRAIT DE L'ADMINISTRATION ET LES MESURES ANALOGUES (art. 308 al. 3 et 325 CC)

Chapitre premier: Les mesures possibles 284
Section 1 La déchéance de l'administration légale 284
§ 1. Nature de la mesure 284
§ 2. Impossibilité de la mesure 288
Section 2 Le retrait de l'administration légale 294
§ 1. Touchant le détenteur de l'autorité parentale 294
A. Le retrait au sens propre 295
B. Le changement du régime d'administration légale 298
§ 2. Touchant le tiers administrateur 312
Chapitre II: Les conditions de ces mesures 314
Section 1 Le péril des biens du mineur 314
§ 1. Le péril comme condition générale et nécessaire 314
§ 2. Le péril comme condition suffisante 316
A. A l'égard de tout administrateur 316
B. A l'égard du détenteur de l'autorité parentale 316
C. A l'égard d'un administrateur conventionnel 316
Section 2 Les autres conditions nécessaires 317
Chapitre III: Les effets de ces mesures 318
Section 1 Généralités 318
Section 2 Les effets du changement du régime d'administration légale . . . 319
Section 3 Les effets du retrait de l'administration 319

TITRE V: LA DÉCHÉANCE DE L'AUTORITÉ PARENTALE

Chapitre premier: La déchéance de l'autorité parentale motivée par l'incapacité ou les abus en matière patrimoniale 322
Chapitre II: La déchéance de l'autorité parentale motivée par l'interdiction . . 329

TITRE VI: RAPPORTS RÉCIPROQUES DES MESURES PROTECTRICES ET FIN DE CELLES-CI

Chapitre premier: Les rapports réciproques des mesures protectrices 340
Section 1 Généralités 340
Section 2 Compatibilité des mesures entre elles 341
§ 1. La déchéance de l'autorité parentale 341

§ 2. Les mesures protectrices de l'art. 324 CC 344
A. Les mesures protectrices entre elles 344
B. Les mesures protectrices en rapport avec le retrait de l'administration et les mesures analogues 344
§ 3. Le retrait de l'administration et les mesures analogues . . . 345

Chapitre II: La fin des mesures protectrices 347

Documents législatifs 349
Bibliographie 351

Abréviations

al.	alinéa
AP	Avant-projet
art.	article
BS	Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse
– CN	Conseil national
– CE	Conseil des Etats
BlzR	Blätter für zürcherische Rechtssprechung (Zurich, 1902 ss)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907
CCA	Code civil du Canton d'Argovie
CCB	» du Canton de Berne
CCF	» du Canton de Fribourg
CCG	» du Canton de Genève
CCGR	» du Canton des Grisons
CCN	» du Canton de Neuchâtel
CCNW	» du Canton de Nidwald
CCS	» du Canton de Schaffhouse
CCSO	» du Canton de Soleure
CCT	» du Canton du Tessin
CCVS	» du Canton du Valais
CCV	» du Canton de Vaud
CCZ	» du Canton de Zurich
cf.	confer (comparez)
ch.	chiffre
chap.	chapitre
CO	Loi fédérale des 30 mars 1911/18 décembre 1936 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième; droit des obligations)
cons.	considérant
CPC	Code (vaudois) de procédure civile du 14 décembre 1966
éd.	édition
eod. loc.	eodem loco (au même endroit)
FF	Feuille fédérale (Berne, 1848 ss)
fr.	texte français
id.	idem (le même)
i.e.	id est (c'est-à-dire)
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne 1853 ss)

LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance
loc. cit.	loco citato (dans le passage déjà cité)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes & la faillite, des 16 avril 1889/ 28 septembre 1949
LPR	Loi fédérale du 12 juin 1951 sur le maintien de la propriété foncière rurale
LVCC	Loi (vaudoise) d'introduction du Code civil suisse
n.	note
no	numéro
p.	page
par.	paragraphe
pr	principio (au début)
RDS	Revue de droit suisse (Bâle 1882 ss)
RDT	Revue du droit de tutelle (Zurich 1946 ss)
RO	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (Lausanne 1875 ss)
sct.	section
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zurich 1904 ss)
s(s)	et suivant(es)
TF	Tribunal fédéral
Tf	titre final
tit.	titre
vg	verbi gratia (par exemple)
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs – und Grundbuchsrecht (Wädenswil 1920 ss)

Introduction

Le présent travail est un essai de systématisation, dont le but est de fixer la portée des dispositions qui visent à éviter tout dommage au patrimoine du mineur pendant le cours de l'administration légale. Il nous a paru, en effet, que la pratique a beaucoup souffert des incertitudes de la théorie. Sur la portée des dispositions en cause, les opinions sont si divergentes que, faute de s'appuyer sur une doctrine solide, les autorités chargées de les appliquer sont restées, nous semble-t-il, très en deçà des possibilités que leur ouvre le système établi par le Code civil. D'une manière générale, on peut remarquer que la pratique en matière de protection du patrimoine des mineurs s'est montrée plus timide qu'en matière de protection de leur personne.

Notre autre motif, qui explique que le présent ouvrage soit imprimé longtemps après l'imprimatur, c'est que la partie du CCS qui traite de notre sujet a été modifiée, non pas profondément, mais suffisamment pour qu'il ait paru opportun d'attendre que les nouvelles dispositions soient promulguées et d'en faire en quelque sorte un premier commentaire. Nous avons pu constater du reste que les solutions apparemment nouvelles sont surtout l'explicitation de facultés ouvertes à l'autorité de tutelle en vue de protéger les biens du mineur qui, à notre avis, étaient implicitement contenues dans l'ancien texte, et résultaient du système légal en la matière qui nous occupe.

Les règles que nous croyons avoir pu dégager s'appliquent non seulement à tout mineur soumis à l'autorité parentale, que ce soit dans le mariage de ses auteurs ou hors mariage, mais encore au majeur interdit qui — en règle générale — est soumis à l'autorité parentale en application de l'art. 385 al. 3 CC. Dans ce dernier cas, cependant, sous réserve des dispositions corrélatives au devoir

d'entretien des art. 276 CC et suivants, qui n'ont plus de raison d'être, s'agissant d'un enfant majeur.

Toutefois, nous n'avons pas voulu étudier la restitution du patrimoine du mineur en fin d'administration légale. Nous avons voulu nous limiter aux mesures à prendre dans le cours de celle-ci. L'action en restitution obéit à des principes assez différents pour que nous ayons estimé qu'il y eût fallu un autre ouvrage.

Dans un bref titre préliminaire, il nous a paru indispensable de faire voir que les droits du titulaire de l'autorité parentale sur les biens du mineur, c'est l'utorité parentale même, rapport d'autorité envisagé comme pouvoir de disposition sur les biens du mineur, pouvoir propre et immédiat du titulaire de l'autorité, exercé au titre d'une fonction familiale reçue et exercée aux fins particulières à la famille et en vue de celles-ci. Nous entendons montrer ensuite qu'attendu l'analogie des conditions, le titulaire de l'autorité parentale, pour ce qui concerne la gestion du patrimoine du mineur, est soumis aux règles mêmes qui s'appliquent au tuteur, dans tout ce qui n'implique pas subordination aux autorités de tutelle. Tel est le contenu de la première partie, où nous déduisons les conséquences de ce qui précède.

Dans la seconde partie, nous étudions ce que nous appelons aussi bien des garanties légales que des mesures préventives, lesquelles modifient la condition du mineur ou des titulaires de l'autorité parentale par la seule réunion des conditions qui sont légalement exprimées.

La troisième partie, enfin, a trait aux mesures qu'on pourrait appeler mesures correctives ou répressives, qui définissent les conditions auxquelles l'autorité tutélaire peut prendre des décisions qui modifient la condition du titulaire de l'autorité parentale (1).

Il nous est infiniment agréable, en terminant cette introduction, d'exprimer notre reconnaissance à MM. Paul Piotet et Bernard Dutoit, professeurs à l'Université, qui ont bien voulu surveiller l'élaboration de cette thèse et nous assister de leurs conseils et suggestions. Qu'ils trouvent ici l'expression de notre profonde gratitude.

(1) Sur la distinction entre les dispositions à caractère préventif et celles qui ont un caractère correctif, les premières destinées à empêcher que les intérêts de l'enfant ne soient lésés et la seconde mettant fin à une mauvaise gestion, cf. BOZER, p. 11.

PREMIÈRE PARTIE

L'autorité parentale et l'administration légale

Puisque les mesures protectrices du patrimoine du mineur tendent à ramener aux fins que la loi lui assigne l'administration du titulaire de l'autorité parentale ou à empêcher qu'elle ne s'en écarte, il paraît nécessaire de définir les pouvoirs et les devoirs qu'implique cette administration. Ainsi on montrera d'abord que cette administration ne fait qu'un avec l'autorité parentale même, qu'elle se caractérise comme une fonction familiale, étrangère par conséquent à toute fonction tutélaire quelconque et qu'elle se résout en un pouvoir de disposition propre au titulaire de l'autorité parentale sur les biens du mineur. Ensuite, on fera voir qu'attendu la nécessité pour le titulaire de l'autorité parentale d'adapter ses pouvoirs à leurs fins légitimes, ses devoirs d'administrateur sont analogues à ceux d'un tuteur et qu'ils se résument à conserver la substance du patrimoine du mineur, à en procurer la sûreté et la productivité, enfin à affecter le produit de ce patrimoine aux besoins de ce dernier.

TITRE PREMIER

L'autorité parentale en général (1*bis*)

Chapitre premier

L'autorité parentale comme pouvoir unique sur la personne et les biens du mineur

La plupart des lois cantonales antérieures au CC unissaient en un ensemble de droits et de devoirs l'assistance du mineur et l'administration et la jouissance légales de son patrimoine (1*ter*). Le tout s'appelait puissance paternelle, *elterliche Gewalt*, *patria potestà* (2), ou tutelle paternelle *(väterliche Vormundschaft)* (3). Néanmoins, en matière d'administration légale, les père et mère avaient une position analogue à celle d'un tuteur, leur condition variant à cet égard de l'assimilation pure et simple jusqu'à la liberté complète, sous réserve de quelques opérations où le concours des auto-

(1*bis*) Sur l'autorité parentale, on lira la bonne mise au point d'Edith Frischkopf, p. 5 à 32, 104 à 109, 114 et 115.

(1*ter*) Cf. le résumé systématique de Bozer, p. 27 à 31.

(2) Cf. Tenchio, ch. 2, p. 21. La thèse de Bindschedler renseigne abondamment sur les droits cantonaux antérieurs au CCS: p. 20 ss (puissance paternelle); p. 34 ss (administration légale); p. 54 ss (dissolution du mariage); p. 68 ss (jouissance légale); p. 97 ss (biens libérés); p. 105 ss et 111 ss (produit du travail); p. 123 (intervention de l'autorité); p. 146 (fin de la puissance paternelle).

(3) *Elterliche Gewalt*, comprenant l'assistance, l'administration et la jouissance, notamment en Argovie (art. 174 et 182 CCA; à Berne (art. 153 et 157 CCB); Soleure (art. 146, 149 et 156 CCSO); Nidwald (art. 74, 75 et 85 CCNW); puissance paternelle, comprenant ces mêmes droits et devoirs, à Fribourg (art. 183, 194 et 201 CCF); en Valais (art. 156, 166 et 172 CCVS); *patria potestà*, de même contenu, au Tessin (art. 150 et 151 CCT).

Väterliche Vormundschaft, ayant le même contenu que ci-dessus, dans les Grisons (art. 59 et 60 CCGR) — avec cette particularité que la puissance paternelle aux Grisons est le droit du père de faire prévaloir son avis en cas de dissentiment avec la mère (art. 60 al. 1 CCGR), ce qui revient à dire qu'en droit actuel, l'autorité parentale en ce sens serait l'exercice du droit conféré au père par l'art. 274 al. 2 ancien CC—; à Schaffhouse (art. 217, 222, 230 et 239 CCS); en Thurgovie (art. 137, 166, 169 de la Loi sur les droits des personnes et de la famille, des 11 avril 1860 et 3 mars 1885); à Zurich (art. 654, 664 et 667 CCZ).

rités de tutelle était nécessaire (4). Selon les autres législations, au contraire, l'assistance, sous le nom de puissance paternelle, était absolument séparée de l'administration légale, qui était une espèce de tutelle, les deux fonctions n'étant unies que par leur attribution au même titulaire (5).

Le CC, lui, oppose l'autorité parentale, assistance à la personne du mineur, à l'administration légale (6). Le terme d'autorité parentale en tout cas n'est employé qu'à propos de l'assistance (7). Cependant, c'est un seul et même pouvoir que le législateur a revêtu de deux noms différents, imitant en cela la majorité des codes cantonaux (8). Dans l'exposé des motifs de l'Avant-projet du

(4) Pour donner un seul exemple, le père est tenu d'obtenir l'autorisation de l'autorité tutélaire lorsqu'il aliène, oblige ou hypothèque les biens qu'il administre (art. 173 CCVS). On consultera sur ce point, comme sur tous ceux dont on traite ici, HUBER I p. 437 ss et LARDY, *passim*. Voir aussi MAIER, p. 55 et 56.

(5) Il s'agit tout d'abord des législations suisses qui ont copié servilement, à cet égard, le Code civil français. En conséquence, les père et mère ou l'un d'eux exercent l'autorité parentale et *a ce titre* jouissent des biens du mineur, cette faculté étant indissociablement liée à leur devoir d'entretien, mais administrent en qualité de tuteurs (plus librement d'ailleurs que le tuteur ordinaire). Ainsi, à Genève (art. 371, 384 et 389 CCG); à Neuchâtel (art. 271, 275 et 280 al. 1 CCN); dans le canton de Vaud (art. 199, 204 et 213 al. 1 CCV). En Appenzell Rhodes-Extérieures, les père et mère ont d'office le droit et le devoir d'assister l'enfant (Loi du 28 octobre 1860 sur les droits et les devoirs des parents et des enfants). Mais l'administration des biens (*Vogtei*) ne leur appartient que sur décision de l'autorité tutélaire (art. 5 de la Loi sur la tutelle du 28 octobre 1860; LARDY p. 6). Il est vrai que la loi dispose que le père doit être réputé *Vogt* tant qu'il en paraît capable.

(6) La preuve en est que le texte légal sépare les dispositions relatives à l'autorité parentale et aux droits des père et mère sur les biens de l'enfant. Même remarque: EGGER, n. 4 ad 273 CC; HEGNAUER, n. 51 ad 290 CC; BINDSCHEDLER, p. 9 ss; TRÜB, p. 44; implicitement, TARAKÇIOGLU, p. 15. En cela, le CC imite d'autres législations cantonales qui faisaient la même distinction formelle (exemple: Zurich). Relevons ici que nous entendons sous le terme d'assistance ce que les auteurs de langue allemande entendent par *Personalfürsorge* — cf. art. 405 al. 1 CC —.

(7) Cf. 156 al. 1; 311 al. 1 et 2; 362; 368 al. 1; 383 ch. 3 CC; seule exception: l'autorité parentale visée à l'art. 385 al. 3 CC vise aussi bien le régime d'assistance que le régime d'administration légale; cf. sur ce point KAUFMANN, n. 24 ad 385 CC et EGGER, n. 9 ad 385 CC.

(8) Outre les textes cités, cf. EGGER, n. 4 ad 273 CC (pour lui, l'autorité parentale au sens large comprend aussi bien les droits et devoirs qui ont trait à l'assistance que ceux qui relèvent de l'administration et de la jouissance légales): HEGNAUER, n. 51 ad 290 CC; MAIER, p. 50 s; pour TRÜB, il y a «relation intime» entre les droits sur le patrimoine et l'autorité parentale, p. 44; implicitement TARAKÇIOGLU, p. 1 s. Schiesser p. 6.

Pour BINDSCHEDLER, en revanche (p. 9, 14 et 32), les droits patrimoniaux des père et mère sont des attributs de l'autorité parentale et en sont séparables. Elle relève que l'autorité parentale en tant qu'assistance du mineur existe nécessairement dès qu'il y a un enfant, alors qu'il n'y a pas nécessairement des biens, de sorte que l'importance pratique des droits des père et mère devient secondaire. En

Département fédéral de justice et police de 1900/1902, en effet, après un chapitre V qui traite de la puissance paternelle et un chapitre VI qui vise les droits des père et mère sur les biens de leurs enfants, on lit:

> «Par cette organisation de la puissance paternelle, avec ses effets personnels et réels, le projet entend régler l'ensemble des rapports de droit civil entre parents et enfants» (9).

En outre, le Message du 28 mai 1904 du Conseil Fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse relève qu'

> «il existe entre la puissance paternelle et les droits des père et mère sur les biens de leurs enfants une connexité qui doit être maintenue... En thèse générale, les droits des père et mère sur la fortune de leurs enfants s'éteignent par le seul fait de la cessation de la puissance paternelle. C'est uniquement lorsque celle-ci leur échappe sans leur faute que les parents pourront exceptionnellement conserver la jouissance, déduction faite des revenus absorbés par les frais d'éducation et d'entretien (10)».

Mais on sait que cette exception était fondée sur le devoir d'entretien, indépendant de la puissance paternelle (11). On peut donc écarter l'exception pour considérer la règle générale de la

outre, ces attributs de l'autorité parentale sont traités dans deux chapitres différents du CC. Enfin, le caractère accessoire des droits patrimoniaux apparaît en ce qu'ils ne peuvent être enlevés aux parents séparément de l'autorité parentale. On peut répondre cependant que BINDSCHEDLER méconnaît la nature de l'autorité parentale, qui est un pouvoir de disposition étendu sur les objets qui lui sont soumis à mesure que ces objets entrent dans son empire et qui prend en conséquence des formes diverses; la variété des formes n'ôte rien à l'unité du principe. En outre, on peut dire aussi que c'est l'autorité parentale au sens étroit, qui est régie aux art. 295 CC et ss. Cette autorité, au sens large, joint les deux chapitres successifs ouverts par les art. 296 et 318 CC. Enfin, de l'impossibilité de priver les père et mère des droits patrimoniaux séparément de l'autorité parentale, on pourrait aussi bien conclure qu'ils sont essentiels. C'est du reste le Tribunal fédéral qui a établi (à tort selon nous) cette inséparabilité, précisément en considérant que le droit d'administration était un attribut essentiel (et non secondaire, comme le dit BINDSCHEDLER) de l'autorité parentale.

(9) Page 222 de l'édition française.

(10) Pages 37, 38 de l'édition française.

(11) Dans ce sens, l'opinion de TRÜB, p. 35, selon qui la jouissance légale est le corrélatif des charges de la communauté, c'est-à-dire l'entretien, dont une partie est constituée par les dépenses administratives. Il faudrait, du reste, à la suite de BINDSCHEDLER (p. 15), relever que le projet II (1904) du Code civil prévoyait dans son art. 334 que le parent à qui l'autorité parentale sur un enfant illégitime était attribuée avait du même coup la jouissance légale. Cette disposition a disparu pour cause d'«immoralité». Dans tous les cas, le devoir d'entretien autorisait cette extension de l'autorité parentale.

«connexité» de la puissance paternelle, ou autorité parentale, et des droits sur les biens du mineur. Il s'agit en fait d'une identité, en ce sens que, si les deux catégories de pouvoirs sont formellement distinctes, elles sont matériellement identiques, les droits sur les biens de l'enfant faisant partie intégrante de l'autorité parentale au sens large (12). En effet, si l'on se réfère au premier texte cité, les «effets

(12) Dans ce sens, la remarque de HEGNAUER (n. 26 ad 273 CC) que l'autorité parentale est indivisible et ne peut subsister ou s'éteindre que comme un tout. Il ajoute (n. 64 ad 273 CC) que l'administration et la jouissance légales sont des «cas d'application» *(Anwendungsfälle)* de l'autorité parentale.

Dans ce sens, SILBERNAGEL, introduction aux art. 273 à 289 CC. Cet auteur (n. 3 ad 292 CC) considère par exemple la jouissance légale comme une partie intégrante de l'autorité parentale.

De même — tout en le regrettant — EGGER (n. 1 ad 298 CC) relève-t-il que dans le Code civil l'assistance personnelle et les droits patrimoniaux, nonobstant leur traitement dans des parties séparées du code, forment un tout et définissent par leur réunion l'autorité parentale. Selon lui encore (n. 4 ad 273 CC), quant au contenu, l'autorité parentale, au sens large, comprend l'assistance à la personne de l'enfant et le soin de son patrimoine, ainsi que sa représentation personnelle et patrimoniale. Dans un sens plus étroit, l'autorité parentale comprend l'assistance à la personne et la représentation. En ce sens — mais en ce sens seulement — elle s'oppose aux droits sur les biens de l'enfant.

ROSSEL (I, p. 348) nous paraît aller dans notre sens, puisqu'il définit l'autorité parentale comme l'ensemble des droits et des devoirs qu'ont les parents relativement à la personne et aux biens de leurs enfants, jusqu'à leur majorité ou à l'émancipation de ceux-ci. En outre, à la page 362, il appelle la jouissance légale un «élément invariable» de l'autorité parentale.

En 1914, la Direction de la justice du canton de Berne a fait bien ressortir que le pouvoir de représentation du titulaire de l'autorité parentale (art. 279 ancien CC) n'était pas de «nature tutélaire», mais bien un pouvoir «impliqué» par l'autorité parentale (ZBGR 14 n° 19 p. 89 ch. 1).

Pour CURTI-FORRER, au contraire, la loi distingue entre l'autorité parentale, art. 273 à 289 CC anciens, et les droits des parents sur la fortune de l'enfant, art. 290 à 301 CC anciens (n. 2 ad 273 CC).

Pour TUOR (p. 216/217), l'autorité parentale comprend *deux* pouvoirs, l'un sur la personne et l'autre sur les biens.

TRÜB (p. 44, et surtout p. 132) ne paraît pas entièrement de notre avis, puisque selon lui l'administration et la jouissance légales sont des droits accessoires de l'autorité parentale, et n'en font pas partie intégrante. Ils en font partie intégrante, au contraire, selon nous, puisque l'autorité parentale s'analyse, en définitive, formellement en un pouvoir de disposition, qui n'est que matériellement distinct par les objets (personne du mineur et biens de celui-ci) auxquels il s'adresse. TRÜB lui-même (p. 45) donnerait un argument à notre opinion en relevant que l'administration et la jouissance légales ont leur raison d'être dans l'état de dépendance dans lequel se trouve le mineur jusqu'à sa majorité, ou du moins, raisonnablement, jusqu'à ce qu'il ait le discernement requis pour administrer et pour jouir lui-même. Il faut relever encore que le fondement de la jouissance légale se trouve, selon les opinions rapportées par TRÜB (p. 45/46, 73, 108, 115/116 et 142 et ss), soit sur l'idée d'une dépendance, le patrimoine du mineur étant une partie du patrimoine familial, soit, en équité, sur la corrélation avec le devoir d'entretien et la charge des frais d'administration. Le premier motif nous paraît insoutenable dans l'état du droit suisse. Le

personnels» de la puissance paternelle, c'est la puissance paternelle, ou autorité parentale, au sens qu'elle a pris dans le texte légal. Les «effets réels», ce sont les droits des père et mère sur le patrimoine de l'enfant. Dès lors, le terme de puissance paternelle, ou autorité

second nous paraît parfaitement pertinent, le fondement premier se trouvant néanmoins dans l'idée même de pouvoir de disposition constitutif de l'autorité parentale. A titre secondaire, on peut certes affirmer qu'un droit de jouissance résiduel (cf. l'hypothèse de l'art. 298 al. 2 ancien CC) a sa source dans le devoir d'entretien.

Cf. aussi l'opinion de BINDSCHEDLER discutée aux nn. 8 et 11.

SCHIESSER (p. 5 à 7) prétend opposer, considérant en particulier les droits patrimoniaux du titulaire de l'autorité parentale, l'administration et la jouissance, prenant appui de ce que la jouissance légale a un caractère de pur droit, dépourvu d'obligation. Pour ce qui concerne les droits patrimoniaux par opposition à l'assistance au mineur, il tire de la systématique du Code civil que ces droits ne sont pas partie intégrante de l'autorité parentale et forment plutôt, en subordination à celle-ci et ensemble avec le droit de représentation, la catégorie plus large des droits des père et mère. Il ajoute que l'on peut comprendre l'ensemble de ces droits, y compris l'autorité parentale, comme une autorité parentale au sens large, en opposition avec l'autorité parentale au sens strict, qui est réglée par les art. 273 CC et ss. Cependant, il relève que cette expression fait mieux apparaître les compétences des père et mère simultanément comme des droits et des obligations.

Nous voudrions répondre que pour la raison même exprimée par SCHIESSER, l'expression d'autorité parentale — au sens large — est la plus pertinente pour décrire le phénomène à considérer. En effet, il paraît incontestable que les facultés des père et mère sur la personne et sur les biens du mineur sont indivisiblement des droits et des obligations. De plus, logiquement, ce sont les droits qui fondent les obligations, et non l'inverse. C'est en considération du but de la famille que les père et mère reçoivent des droits. Ils sont tenus de les exercer; encore faut-il qu'ils les aient. En effet, ces facultés leur imposent des devoirs à deux titres: d'une part, dès lors qu'ils en ont la titularité exclusive, c'est à eux qu'il appartient de les exercer, s'ils n'aiment mieux en déléguer l'exercice à des personnes compétentes — et ils répondent de l'activité de ces auxiliaires —; d'autre part, comme ils sont liés au but assigné à l'institution, ils sont tenus d'agir en considération de ce but et en particulier de se conformer aux règles qui fondent les art. 399 à 404 CC, ainsi que nous le verrons ci-après. En outre, même la jouissance légale n'est pas sans entraîner des devoirs qui lui sont propres. Comme les père et mère sont tenus d'affecter à l'entretien et à l'éducation du mineur les fruits naturels et civils du patrimoine de celui-ci, il leur incombe d'en recevoir les fruits. Ces fruits leur appartiennent au titre de la jouissance légale exclusivement. Ils sont tenus en définitive de faire usage de leurs droits dans un sens bien précis.

En résumé, nous dirions que les père et mère, en considération du but assigné à la famille, se voient reconnaître des facultés dont ils ont l'obligation de faire usage en vue de ce but. On peut donc en conclure que toutes les facultés qui leur sont reconnues en considération de ce but ne font qu'un, et que le caractère d'obligation de ces facultés n'est que la suite de la nécessité de faire servir ces facultés au but de la famille.

Si l'on n'admet pas notre point de vue, on ne s'explique plus que l'administration légale soit inséparable de l'autorité parentale, ce qu'affirme SCHIESSER (p. 15). Pour nous, c'est l'exercice de l'administration légale qui peut être suspendu, et non pas la titularité, et encore moins l'aptitude à recevoir l'autorité parentale (au sens large) comme pouvoir qui se traduit, selon le domaine où il s'applique, comme administration légale.

parentale, a un sens plus large dans l'Exposé des motifs que dans la loi et désigne précisément la réalité juridique unique dont nous venons de parler. C'est dire que l'autorité parentale au sens étroit des droits sur la personne du mineur et les droits sur les biens de celui-ci constituent une unité juridique — l'autorité parentale au sens large — impliquant des pouvoirs liés à des devoirs, qui prend des noms différents selon qu'elle vise la personne du mineur ou ses biens. C'est pourquoi il nous paraît légitime d'affirmer que les caractéristiques de l'autorité parentale, telles qu'admises par les auteurs et les tribunaux, s'appliquent également bien aux droits et devoirs des père et mère sur les biens de l'enfant.

Chapitre II

L'autorité parentale comme fonction familiale

Si le Code civil ne définit nulle part la famille, il dispose, à l'art. 272 CC, que les père et mère et l'enfant se doivent mutuellement l'aide et les égards qu'exige l'intérêt de la famille.

C'est que la famille est une institution naturelle qui a pour fonction de procurer à ses membres les moyens de leur épanouissement personnel et de leur prospérité matérielle (13). En parlant de la «prospérité» de l'union conjugale à l'art. 159 al. 2, de «l'intérêt» de la famille à l'art. 272, le CC se réfère aux buts de la famille ou de ses différentes composantes. En précisant les devoirs qui naissent à la charge de ses membres, «accord» à l'art. 159 al. 2, «fidélité» à l'art. 159 al. 3, «égards» à l'art. 272, «assistance» à l'art. 159 al. 3, «aide» à l'art. 272, «entretien» à l'art. 276 al. 1, «aliments» à l'art. 328, la loi se réfère aux devoirs d'entraide des membres de la famille. A l'égard des membres majeurs de celle-ci, l'aide que leur doivent leurs parents se traduit même par un privilège. Si l'on interprète l'art. 385 al. 3 CC dans son esprit comme dans sa lettre (l'interdit majeur est soumis de plein droit à l'autorité parentale, sauf décision contraire de l'autorité tutélaire), les père et mère jouissent d'une présomption légale d'aptitude à pourvoir à l'assistance personnelle dont leur enfant a besoin et à l'administration de ses biens. Cela, non pas tant au titre de la filiation qu'au titre de membres de la famille. Et de même, les proches parents ou alliés ont vocation à exercer la tutelle sur un

(13) Sur la famille du droit naturel, cf. Dabin, n^os^ 235 à 245. Tout le monde reconnaît que la famille est une réalité naturelle: cf. Egger, n. 1 à 271 CC; n. 1 et 2 ad 272 CC — à propos du devoir d'entretien —; Hegnauer, n. 4 ad 273 CC. La famille est une communauté d'une espèce particulière: Hegnauer, n. 3 ad 271 CC; n. 4 ad 273 CC; Maier, p. 1 ss; Tarakçioglu, p. 10.

membre de leur famille, sauf justes motifs (14). Ce principe ne se fonde pas sur une présomption d'aptitude à être tuteur (contrairement à ce qui se passe lorsqu'il s'agit de l'assistance personnelle et de l'administration des père et mère), autrement l'art. 380 CC ne mentionnerait pas expressément — comme la loi ne le fait pas pour les père et mère — qu'ils doivent être aptes au sens de l'art. 379 al. 1 CC à remplir leurs fonctions, mais sur le devoir d'entraide de la famille dont ils sont les membres. Supposé qu'ils ne soient pas nommés tuteurs, leur fonction d'entraide consiste alors à proposer un candidat à la fonction (art. 381 CC) et l'autorité tutélaire est tenue d'y déférer sauf justes motifs. La famille a donc bien pour fonction essentielle, dans le CC, de pourvoir par l'entraide de ses membres aux besoins de ceux-ci, notamment lorsque se fait sentir la nécessité de l'assistance personnelle et de l'administration du patrimoine (15).

L'intérêt de l'enfant, ou, si l'on veut, le bien qu'il est appelé à tirer de la société familiale où il est intégré, c'est de recevoir dans celle-ci et par celle-ci les moyens de son développement et de la prospérité de son patrimoine. Il est donc tout naturel de conclure de ce que nous venons de voir que l'autorité parentale est la forme dans laquelle l'enfant reçoit de la famille l'aide qui lui est due. Et plus précisément la reçoit-il de l'union conjugale, c'est-à-dire de l'élément fondamental de la famille, puisque selon l'art. 159 al. 2 CC c'est un devoir premier de l'union conjugale que de pourvoir à l'entretien et à l'éducation des enfants. C'est ainsi et à titre éminent la famille fondée sur l'union conjugale qui, tenue de pourvoir à l'éducation des enfants (art. 159 al. 2 CC), tenue de fournir à l'enfant l'aide qu'il réclame (art. 272 CC), a en même temps les pouvoirs correspondant à ses devoirs (art. 297 al. 1 CC, c'est l'autorité parentale), cela cumulativement (16). La présomption

(14) SCHIESSER (p. 13), moins affirmatif, mais à tort, relève que le droit de préférence des parents au sens de l'art. 380 CC dépend par trop de l'appréciation de l'autorité de tutelle selon le cas d'espèce pour être autre chose qu'une prétention qui ne fonde pas un droit subjectif. Il y a pourtant bien un droit de préférence des membres de la famille par rapport à ceux qui y sont étrangers, la question d'aptitude n'intervenant que pour départager ceux dont le droit de préférence est égal.

(15) Cf. dans notre sens RITTMEYER p. 76/77.

L'art 385 al. 3 CC est fondé sur l'idée que la protection des incapables relève au premier chef de la famille: cf. KAUFMANN, n. 15 ad 385 CC. A remarquer que les intéressés ont contre une décision violant l'art. 380 CC le recours de droit public pour violation de l'art. 4 CF: il s'agit bien d'une vocation naturelle à faire respecter (KAUFMANN, n. 16 ad 380 CC). Au surplus, l'opposition de l'art. 388 CC leur est également ouverte pour violation des art. 380 et 381 CC.

(16) Cf. HEGNAUER, n. 187 ad 324, 327 CC. Id. RDS 1965 II p. 136.

C'est, soit la dissolution de la société familiale, soit son inexistence, qui fonde l'intervention des autorités de tutelle dans le cas notamment de l'art. 318 CC. L'aide

légale d'aptitude repose sur la fonction sociale de la société familiale établie par les père et mère et sur le but de cette institution. Père et mère doivent l'autorité parentale à leur intégration et à celle de l'enfant dans cette société et, en dernière analyse, au mariage qui l'a fondée et qui en est la cause, dans la forme la plus complète de la société familiale, dont les formes moins complètes ne sont que des analogues.

L'autorité parentale est ainsi une fonction familiale, c'est-à-dire qu'elle est exercée par un membre de la famille, en considération du but de celle-ci et avec la liberté qui est propre à la famille dans son activité spécifique. Cela explique suffisamment que l'autorité parentale soit inaliénable et autonome.

Inaliénable d'abord. Les père et mère ne peuvent s'en décharger de leur consentement, parce que les attributs de leur fonction sont définis par la loi, laquelle à son tour ne fait que reprendre la finalité que la nature assigne à la famille. Fonder une famille, c'est d'abord obéir à la fin qui définit celle-ci. La fonction que nous envisageons est un devoir absolument soustrait au pouvoir de disposition de son titulaire (17). Elle ne peut davantage être transférée tout entière

que se doivent les conjoints n'existe pas ou n'existe plus. Cf. HEGNAUER, n. 5 ad 291 CC. EGGER, n. 1 ad 291 CC, parle d'un contrôle réciproque pendant le mariage, qui cesse évidemment avec lui.

(17) Le détenteur de l'autorité parentale ne peut pas l'abdiquer, pour le Conseil d'Etat du canton d'Argovie (ZBGR 22 n° 147 p. 274). Il ne peut qu'en être déchu (PEYER, in ZBGR 35 p. 140 ch. V/1). Pour cette autorité (SJZ 35/1938/39, p. 138 n° 99), une «renonciation» à l'autorité parentale est nulle. Il s'agissait d'une mère qui avait demandé la mise sous tutelle de son enfant alors que les conditions de l'art. 285 al. 1 ancien CC n'étaient pas réunies. Cas identiques: in SJZ 34/1937/38, p. 248 n° 178. Même avis du Conseil d'Etat du canton de Berne, in SJZ 20/1923/24, p. 45 n° 33; du Conseil d'Etat du canton de Lucerne, in SJZ 24/1927/28, p. 152 n° 134; de la Direction de la justice du canton de Zurich, SJZ 16/1919/20, p. 193 n° 121 et SJZ 10/1913 p. 156 n° 140. Le Conseil d'Etat du canton de Lucerne constate que l'on ne peut renoncer à l'autorité parentale (RDT 1946 n° 26 p. 96).

Dans ce sens, HEGNAUER, n. 12, 13, 26 et 28 ad 273 CC et n. 6 ad 285 CC; EGGER, n. 5 ad 273 CC; MAIER, p. 13; TENCHIO (p. 40 n. 4); SILBERNAGEL, n. 2 ad 285 CC; SCHIESSER, p. 16 et 71.

Pour TRÜB, qui ne parle certes que de la jouissance légale, celle-ci est un droit inaliénable, incessible et exclusif (p. 160/161).

Faisait exception la jouissance légale, faculté pure, mais que son détenteur ne pouvait résigner qu'en faveur du mineur, attendu l'art. 293 CC ancien (dans ce sens, HEGNAUER, n. 8 et 9 ad 292/293 CC et EGGER, n. 7 ad 292/293 CC).

Le détenteur de l'administration légale en revanche ne peut la résigner: dans ce sens, HEGNAUER (n. 53 ad 290 CC) et EGGER (n. 5 ad 290 CC).

Sur la suspension de l'exercice de l'autorité parentale en cas d'empêchement de fait ou de droit, cf. SILBERNAGEL (n. 3 ad 285 CC).

CURTI-FORRER (n. 2 ad 273 CC) relève que les règles de l'autorité parentale ne peuvent pas, en principe, être modifiées par la volonté des parties.

à un tiers (18). Nous entendons bien la fonction tout entière, (et non les seuls pouvoirs matériels qu'elle implique) soit le type de pouvoir qui est référé au but de la famille. C'est la condition dans la famille qui désigne le titulaire de la charge. Nul en dehors de ce dernier ne revêt une condition identique et nul autre ne vérifie le fondement et la raison d'être de la fonction. Ce n'est pas à dire que le titulaire de l'autorité parentale ne puisse transférer certains pouvoirs à des tiers, qui les exercent au titre du mandat qu'ils reçoivent de l'auteur du transfert (19): mais ils ne sont alors que des auxi-

(18) Dans ce sens, parlant de la jouissance légale, HEGNAUER (n. 6 ad 292/293 CC; pour la représentation n. 16 ad 279 CC; pour l'administration, n. 53 ad 290 CC; SILBERNAGEL (n. 8 ad 273 CC; pour l'administration légale, n. 17 ad 290 CC); EGGER (n. 7 ad 292/293 CC), en relation avec la jouissance légale. Selon SILBERNAGEL aussi (n. 26 ad 292 CC), la jouissance légale est comme telle incessible. En revanche, l'usage d'objets soumis à la jouissance légale peut être cédé, notamment par des baux à loyer ou à ferme.

Ainsi, la jouissance légale, en soi, est absolument incessible et insaisissable (TF, 2e Cour civile, 16 novembre 1925, SCHÄRER, RO 51 III n° 55 p. 220/221); en revanche, les revenus de cette jouissance légale sont relativement saisissables. En effet, la jouissance légale elle-même est un élément *(Ausfluss)* de l'autorité parentale. Le Tribunal fédéral invoque encore le caractère éminemment personnel de la jouissance légale des parents. Il s'agit plutôt pour nous du caractère indissociable d'une fonction, cette fonction découlant des rapports sociaux au sein de la famille par le détenteur.

BINDSCHEDLER, par exemple, remarque que la jouissance est incessible mais que, par exemple, un locataire peut prendre à bail ou à ferme les meubles ou immeubles qui sont susceptibles d'un tel contrat (BINDSCHEDLER, p. 71). Cet auteur remarque, à juste titre (p. 71), que l'art. 738 al. 1 CC n'est pas applicable à la jouissance légale des père et mère.

(19) Dans ce sens, SCHIESSER (p. 16); BINDSCHEDLER (p. 33); HEGNAUER (n. 22 et 32 ad 279 CC, n. 14 et 14 a ad 273 CC; n. 57 et 102 ad 290 CC); SILBERNAGEL (n. 9 ad 273 CC); EGGER (n. 5 ad 273 CC). A remarquer que la raison d'être de l'incessibilité, c'est qu'elle a pour effet le rejet de l'enfant hors de la communauté familiale où il est intégré. Et l'incessibilité est absolue dans cette mesure. Elle n'est plus que relative lorsqu'en même temps que le titulaire de l'autorité parentale abdique sa fonction, celle-ci naît sur la tête d'un tiers dans une autre famille, complète ou incomplète, avec toutes ses caractéristiques (tel est le cas de l'adoption), ou que l'enfant est apte à se conduire lui-même (c'est le cas de l'émancipation).

Nous tenons pour certain du reste que le titulaire peut abandonner au mineur, à supposer évidemment que celui-ci soit doué de discernement, l'administration et la jouissance de son patrimoine, tout en pouvant, en tout temps, reprendre l'exercice de ces facultés. On appliquera sur ce point les principes dégagés par l'arrêt MÜLLER (TF, 2e Cour civile, 24 juin 1948, RO 74 II n° 17 cons. 1 p. 74/75).

Sur la gestion par un tiers, cf. aussi la n. 64, p. 19, de SCHIESSER.

La position de l'auxiliaire de l'autorité parentale est exactement identique à celle des auxiliaires de l'autorité de tutelle, telle que l'arrêt ARNOLD (TF, 2e Cour civile, 19 mars 1925, RO 51 II n° 17 p. 95) la décrit: lorsque l'autorité use d'auxiliaires, c'est sa volonté qui est déterminante, l'auxiliaire n'agit pas avec indépendance, et les mesures qu'il peut prendre sont en dernière analyse imputables à l'autorité.

liaires des père et mère. Il y a même un auxiliaire légal de ce dernier qui exerce ces pouvoirs — mais non la fonction qui les justifie ou les caractérise — au titre du devoir d'assistance qu'il doit à celui dont il est le conjoint. C'est ainsi que le parâtre ou la marâtre, en vertu de l'art. 159 al. 1 ancien CC, exerce les pouvoirs de l'autorité parentale sur ses beaux-enfants mineurs, autant que le titulaire n'agit pas lui-même ou se décharge sur lui (20).

Autonome ensuite. Les devoirs et les pouvoirs nécessaires à la réalisation des buts de la famille reposent entièrement sur la personne des membres de celle-ci. La société politique protège ce but et tout ce qui, dans le sein de la famille, concourt à y parvenir; elle ne peut s'y substituer, parce que cette fin n'est pas la sienne propre (21). C'est dire que les pouvoirs du titulaire de l'autorité parentale ne reposent sur aucune délégation de la société et qu'ils sont exercés par lui seul avec une pleine efficacité, notamment juri-

(20) Mais par exemple, il n'avait pas la jouissance légale des biens du mineur, cf. Cour de cassation du canton de St-Gall, in SJZ 24/1927/28, p. 101 n° 96. Cf. encore LEMP, n. 15 et 16 ad 159 CC, avec les références.

(21) Ce qui exclut tout fondement de l'autorité parentale sur une délégation de pouvoirs de l'Etat, travers dans lequel semble donner MAIER, p. 13, qui à l'appui de sa thèse ne manque pas de citer Jean-Jacques Rousseau.

Selon EGGER (n. 6 ad 283 CC), les parents sont tenus d'entretenir le mineur, de l'éduquer et d'administrer ses biens, envers l'enfant par une obligation de droit privé, envers l'Etat par une obligation de droit public. Ainsi s'explique, ajoute cet auteur, l'espèce particulière de la prétention de l'enfant contre l'Etat: il ne peut pas faire valoir par voie d'action la prétention de droit privé contre ses parents, et il n'a pas contre l'Etat un droit subjectif: dans les deux cas, sa prétention serait d'une prestation tout à fait déterminée. En réalité, il a une prétention en exécution de la loi, de droit public contre l'Etat: à savoir que l'autorité, dans les limites du droit, statue ce qui est juste selon son appréciation; il demande ainsi à l'Etat d'exécuter sa prétention (à lui, mineur) à l'égard des parents. Contrairement à cet auteur (cf. n. 8 ad 290 CC), nous n'admettons pas que, de ce que la finalité de la famille est subordonnée au bien commun, finalité de la société politique, l'on tire une surveillance générale de l'autorité sur l'administration des père et mère. Cela ne justifie à notre avis qu'un droit d'intervention en cas de manquement des père et mère (ou en cas de situation anormale et de danger pour l'enfant).

Pour SILBERNAGEL (n. 12/13 ad 282 CC), les parents sont tenus envers l'Etat. De même, le Conseil d'Etat du canton de St-Gall fait du devoir d'éducation des parents une obligation de droit public envers l'Etat (SJZ 21/1924 25, p. 304 n° 249).

Pour HEGNAUER, au contraire (n. 4 ad 273 CC), l'autorité parentale, comme le mariage, s'enracine immédiatement dans le lien naturel de descendance et, comme le mariage, est un élément fondamental de la société, antérieur à l'Etat, que le droit peut organiser en détail, mais ne peut remettre en question.

C'est dans le sens dégagé du texte et sous cette réserve que l'on peut dire avec BINDSCHEDLER (p. 37) que l'administration des père et mère est soumise à une surveillance générale de l'autorité tutélaire, surveillance qui n'est pas sensible aussi longtemps que les père et mère gèrent convenablement.

dique. Ainsi, dans tout ce qui relève de ces attributions, la volonté du titulaire est à elle seule pleinement efficace en droit (22).

D'un autre côté, conçue comme une fonction familiale, l'autorité parentale s'oppose par là à toutes les espèces de fonctions tutélaires, exercées par un sujet de l'autorité politique, en considération du bien commun, et en dépendance des autorités qui ont la charge de celui-ci. Le tuteur exerce les droits des père et mère (art. 405 al. 2 CC); matériellement, ses pouvoirs sont donc iden-

(22) Sur l'autonomie de la volonté du détenteur de l'autorité parentale, cf. EGGER, n. 6 in fine et 7 ad 273 CC, n. 3 ad 290 CC; MAIER, p. 23 à 25 et 56 à 58; HEGNAUER, n. 16 à 18 ad 273 CC; cet auteur relève à juste titre que si la volonté des parents ne fonde aucun droit subjectif du mineur, il n'en reste pas moins que les père et mère ne peuvent revenir arbitrairement sur leur décision, mais doivent s'inspirer du seul intérêt de l'enfant. A propos de l'autonomie, HEGNAUER (n. 8 ad 279 CC) note avec raison que l'indépendance des père et mère ne revient pas à l'usage illimité de leur arbitraire personnel, mais à la liberté de prendre le parti le plus opportun et le plus favorable à l'intérêt du mineur, ainsi qu'à l'obligation de le faire, sans poursuivre de leur propre chef un avantage particulier au péril des intérêts de l'enfant.

C'est dans le sens dégagé au texte que devrait selon nous se comprendre cette remarque du Tribunal fédéral (TF, 2e Cour civile, 8 mai 1958, BRIACCA, RO 84 II nº 34 p. 244/245) que le détenteur de l'autorité parentale peut exercer en son nom les droits de l'enfant mineur et les faire valoir en justice ou dans une poursuite en agissant personnellement comme partie. Il serait plus juste de dire que la titularité de la créance (pour reprendre l'hypothèse du cas d'espèce) demeure sur la tête du mineur, mais que la volonté du détenteur de l'autorité parentale étant seule déterminante, il est ainsi le représentant nécessaire du mineur. Partant, pourvu que le mineur soit titulaire d'une créance, toute action ou acte de poursuite ayant trait à celle-ci procède du détenteur de l'autorité parentale et de lui seul. Il devient donc indifférent qu'il déclare ou non agir au nom du mineur, attendu qu'aucun doute ne peut s'élever quant à l'efficacité juridique sur le patrimoine du mineur des actes et déclarations du détenteur. C'est évidemment sous réserve qu'il ait l'autorité parentale ou qu'on ne se trouve pas dans une hypothèse où l'exercice de celle-ci devrait être, ou est, en vertu de la loi, suspendu.

Dans notre sens, HEGNAUER (n. 9 ad 279 CC). Cet auteur (n. 10 ad 279 CC) relève également, et à juste titre, que le mineur ne peut acquérir valablement s'il est de mauvaise foi, même par son représentant légal. C'est vrai dans l'hypothèse où la volonté du représentant légal (supposé de bonne foi) se manifeste par une ratification. Dans ce cas, en effet, on doit prendre en considération les deux volontés (celle du mineur et celle du représentant légal). Si, en revanche, il n'y a pas lieu à ratification parce que seul le consentement du représentant légal entre en ligne de compte, c'est la mauvaise foi du représentant légal qui sera déterminante. Pour la représentation indirecte, HEGNAUER (n. 15 ad 279 CC) en admet la possibilité. Pour le reste, cet auteur (n. 11 à 14 ad 279 CC) admet la représentation directe *a)* lorsque les père et mère agissent expressément au nom de l'enfant; *b)* lorsque ce rapport de représentation résulte des circonstances; *c)* lorsque enfin il est indifférent au tiers d'être lié au détenteur de l'autorité parentale ou au mineur. En cas de doute, il y a lieu de présumer: *a)* que les père et mère agissent par représentation de l'enfant lorsqu'ils acquièrent des droits pour lui; *b)* qu'ils agissent, en revanche, en leur propre nom, lorsqu'ils s'obligent ou lorsqu'ils gèrent l'entreprise du mineur.

tiques. Mais il exerce un pouvoir d'un type absolument différent. Il est investi par l'autorité tutélaire, c'est-à-dire par l'autorité publique, celle-ci gérant le bien commun pour ce qui la concerne. Elle est tenue à ce titre à pourvoir à l'éducation des enfants qui ne sont pas, ou qui ne sont plus, intégrés dans la société destinée à pourvoir à leur développement, c'est-à-dire la famille. C'est pourquoi l'organisation familiale n'existant pas ou n'existant plus, l'organisation politique la supplée en vue des mêmes fins, parce que la réalisation du bien commun postule et implique celle des biens particuliers naturellement assignés à chacune des sociétés subordonnées, et notamment à la famille (23). Pourtant, alors que les

(23) Dans ce sens, HEGNAUER, n. 5 ad 273 CC. RITTMEYER (p. 61) relève que le motif pour lequel l'autorité politique intervient consiste à limiter la liberté personnelle en vue de l'intérêt de la société politique à l'harmonie des rapports sociaux et au bien-être général. Cette formule aussi heureuse que d'autres souligne également que c'est au titre de bien commun politique que la société intervient dans le fonctionnement de la famille. Selon ce même auteur (p. 27), l'aide de l'Etat, dans le droit de famille, dépasse les limites d'un code civil et motive l'introduction de dispositions de droit public dans l'ordre juridique privé. C'est souligner heureusement que l'intervention étatique en matière de protection du mineur est liée directement à la finalité propre de la société politique.

Pour nous, d'accord sur ce point avec SCHIESSER (p. 126), nous tenons que les décisions prises par les autorités de tutelle en application de l'art. 324 CC ne sont pas du droit privé, mais relèvent du droit public en tant qu'elles établissent une subordination du détenteur de l'autorité parentale aux organes de la tutelle, dans les limites d'ailleurs de la décision prise. Il n'en résulte pas pour autant, comme le dit SCHIESSER immédiatement ensuite, que les parents soient tenus d'exercer conformément à leur devoir leurs droits sur la personne et sur les biens de l'enfant, à l'égard de ce dernier, en vertu du droit privé, et à l'égard de l'Etat, en vertu du droit public. Ce qu'on appellera la théorie du double devoir, énoncée par exemple par cet auteur (p. 150), à savoir que le détenteur de l'autorité parentale a un devoir de droit privé privé, envers l'enfant, de bien gérer, et envers l'Etat, de droit public, n'est pas absolument fausse, dans la mesure où l'activité du détenteur est subordonnée au bien commun de la société politique.

Les père et mère sont tenus, selon nous, en subordination au bien commun, comme n'importe qui d'autre, et exclusivement dans les limites du bien commun. La subordination au bien commun n'implique pas par elle-même une subordination aux organes de l'Etat (en dehors de l'intervention justifiée de ceux-ci). Pour le reste, nous nous distançons de SCHIESSER qui (p. 3) voit dans la surveillance générale des organes de l'Etat sur l'exercice de l'autorité parentale par son détenteur la marque de deux conceptions éthique et juridique opposées, dont l'une, relevant du *Wohlfahrtstaat*, s'oppose à l'autre, conservatrice et traditionnaliste. A notre avis, le rôle de la société familiale et celui de la société politique ne sont pas antagonistes, ils sont appelés à se compléter. Il n'est en outre pas nécessaire, selon nous, de construire de toute pièce une prétention de l'enfant à l'éducation, qu'il peut faire valoir contre ses parents ou contre l'Etat. Nous nous opposons ainsi à EGGER, n. 5 ad 283 CC. Nous préférons voir l'action de l'autorité civile comme comblant les lacunes de la société familiale (HEGNAUER, n. 5 ad 273 CC et 41 à 283 CC; cf. MAIER, p. 14 et n. 1 à cette page). TARAKÇIOGLU parle avec raison de parents qui sortent l'exercice de l'autorité parentale de sa finalité (p. 38).

parents tiennent leur mandat de la famille fondée sur le mariage, le tuteur le tient de la société politique, alors même que les deux fonctions impliquent les mêmes pouvoirs. La considération du bien commun et la distinction entre la finalité générale de la société politique et la finalité spéciale de la famille expliquent pourquoi, alors que l'autorité parentale est exercée pleinement dans la famille fondée sur le mariage, tant que dure celui-ci, elle s'altère insensiblement pour prendre les caractères de plus en plus marqués d'une fonction tutélaire lorsque la famille fondée sur le mariage n'est pas ou plus réalisée ou ne remplit pas ses fonctions et que les autorités de tutelle sont en conséquence appelées à intervenir.

En résumé, les titulaires d'un pouvoir identique sont, en règle générale, les père ou mère eux-mêmes qui exercent comme fonction familiale l'autorité parentale dans la plénitude de sa définition; dans les cas prévus par la loi les père ou mère titulaires d'une fonction mixte, à la fois familiale et tutélaire, l'autorité parentale, qui est alors à l'image de l'autorité de pleine définition, mais altérée par l'intervention des autorités de tutelle, présente ce trait caractéristique de diverses manières, plus ou moins profondément selon les cas, et ne relève dès lors plus entièrement de la finalité de la famille, mais aussi, là où la suppléance est nécessaire, de la finalité de la société politique; en l'absence de toute famille ou de toute obéissance de celle-ci à sa finalité propre, le tuteur, en concours avec les autorités de tutelle, qui est revêtu alors d'une fonction tutélaire, type de pouvoir qui relève entièrement de la finalité de la société politique.

Chapitre III

L'autorité parentale comme pouvoir de disposition

L'enfant est, de par son intégration dans la famille, le bénéficiaire de l'activité éducatrice des père et mère: en lui se produisent les effets de cette activité; en lui se réalisent et se manifestent les résultats de leurs efforts; c'est lui qui s'approprie le fruit, pour ce qui le concerne, de la soumission des parents à la finalité de la famille. En un mot qui résume tout, il est le terme de leur activité iorsqu'ils lui affectent les biens et les services que son développement réclame, comme il en est l'objet lorsque c'est sur sa personne même que porte leur activité. C'est en ce sens que selon nous l'enfant est l'objet de l'autorité parentale (24).

Que tel soit le cas dans le CC, c'est ce que démontre d'abord le devoir d'obéissance imposé à l'enfant par l'art. 301 al. 2, qui est le fondement de l'autorité parentale: même lorsqu'il devient dans une plus ou moins large mesure maître naturel de ses actes, l'enfant a le devoir de se prêter en sa personne à toutes les dispositions que pour les fins assignées, pour ce qui le concerne, à la famille, ses père et mère peuvent prendre à son égard. L'art. 301 al. 4 va dans le même sens: c'est aux parents qu'il revient de fixer le prénom de l'enfant, c'est-à-dire d'arrêter le signe caractéristique de son identité. L'art. 302 al. 2 CC prévoit que les père et mère forgent les aptitudes et les habitudes professionnelles du mineur en en tenant compte dans la mesure du possible, ce qui revient à dire que dans les limites de leur fonction le dernier mot leur appartient (25). Ils

(24) Par enfant, on entend aussi, sous réserve qu'il naisse vivant, le *nasciturus* (Trüb ainsi remarque, p. 70/71, que les père et mère ont la jouissance légale sur les biens de celui-ci — dans l'ancien régime).

(25) C'est pourquoi Schiesser (p. 71) remarque à juste titre que les père et mère, dans la mesure où ils exercent leur devoir d'éducation en procurant un apprentissage au mineur dans leur propre commerce ou entreprise, ne passent pas, et du

«disposent», mot éminemment caractéristique, de l'éducation religieuse de l'enfant (art. 303 al. 1).

Les devoirs des père et mère investis de l'autorité parentale n'entrent pas dans la définition de celle-ci. Ces devoirs, en effet, leur sont communs avec des parents qui peuvent n'en être pas titulaires. Le propre de l'autorité parentale est donc bien d'être un pouvoir. C'est en dernière analyse celui de disposer de la personne de l'enfant et notamment de régler sa conduite, lorsqu'il est d'âge à en avoir une, ce qui suppose la conscience et la volonté.

L'analogie avec la propriété est frappante (26). On a voulu l'écarter, en arguant des devoirs des père et mère. Mais ces devoirs sont

reste ne peuvent passer, un contrat d'apprentissage ou un contrat de travail avec le mineur soumis à leur autorité parentale car — et nous approuvons SCHIESSER sur ce point — un contrat serait ici et en cette matière sans objet ni raison d'être, attendu que les père et mère ne peuvent acquérir plus de droits ou d'obligations, non plus que le mineur, par le contrat de travail ou d'apprentissage, qu'ils n'en ont en vertu de leur autorité. On sait que les père et mère disposent de la force de travail de l'enfant. En conséquence, lorsqu'il fait ménage commun avec eux, ils peuvent lui demander des prestations en travail, pourvu, non pas seulement que le travail ait un caractère éducatif, mais que l'éducation et la formation du mineur n'en soient pas compromises. Ils peuvent également lui indiquer un employeur qui le rémunérera, pourvu encore que ce travail corresponde à une formation ou à un établissement. Dans ce sens, Hedwig WIDMER, p. 19.

(26) De telle manière, en particulier, que le détenteur de l'autorité parentale a contre le tiers qui sans droit lui soustrait l'enfant une action analogue à l'action en revendication, en ce qu'elle tend à la restitution de l'enfant, au titre de l'autorité parentale (exemple in RDT 1957 n° 17 p. 55 considérant 2). C'est encore plus frappant si l'on songe que, selon TRÜB, la jouissance légale était non seulement un droit absolu (p. 151), mais un droit réel (p. 153); c'est pourquoi d'ailleurs (TRÜB, p. 159), c'était en vertu d'un droit propre que les père et mère pouvaient faire protéger en justice leur jouissance légale et revendiquer, en vertu d'un droit propre, les objets qui y étaient soumis — dans l'ancien régime. TRÜB (p. 159) à juste titre remarque que les père et mère sont possesseurs (originaires selon nous) des biens du mineur. Cf. n. 32.

BINDSCHEDLER (p. 36) dit aussi que les père et mère ont la possession, non pas en qualité de propriétaires, mais au titre même de l'autorité parentale.

On pourrait aussi interpréter dans le sens de cette analogie la remarque de HEGNAUER (n. 10 ad 292/293 CC) que la jouissance légale n'est pas un droit réel, mais néanmoins un droit absolu sur le patrimoine du mineur. Cet auteur (n. 52 ad 290 CC) relève que, comme l'autorité parentale, l'administration est un droit et un devoir des père et mère et apparaît être une fonction; elle est un droit absolu sur le patrimoine du mineur.

C'est pour cela que, d'accord avec SIMEN (p. 54, 57) et les auteurs qu'il cite, nous tenons que le pouvoir de disposition sur les biens du mineur est une faculté appartenant au détenteur de l'autorité parentale comme chef d'une communauté, inaliénable et incessible cependant à raison de son statut d'ordre familial, faculté qui n'est exercée à aucun titre au nom du mineur, mais qui est un droit propre du détenteur. C'est donc en vertu de ce pouvoir que par exemple le détenteur de l'autorité parentale peut transférer sur la tête du tiers à qui il aliène un bien du mineur, un droit de propriété qu'il n'a pas formellement, et ce avec effet dans la sphère juridique du mineur.

étrangers à la notion considérée et par conséquent ne sont pas pertinents pour décider de la question. Les père et mère disposent de la personne de l'enfant de toutes les manières dont celle-ci est susceptible de souffrir ces actes de disposition, exactement comme la propriété est la faculté d'user des choses de toutes les manières appropriées. L'un et l'autre pouvoirs sont des maîtrises juridiques universelles et non pas des sommes de facultés. Celles du propriétaire *(uti, frui, abuti)* ne définissent pas des actes pris singulièrement, mais des catégories d'actes possibles. Ainsi des facultés des parents, à supposer qu'on essaie d'en énumérer. De même que c'est la chose qui par sa nature définit l'usage qu'on en fait, de même l'enfant détermine-t-il en dernière analyse l'activité de ses parents. C'est dire que dans un cas comme dans l'autre, l'énumération des pouvoirs des parents est moins à l'usage de ces derniers que des tiers, qui devront respecter leur compétence (27). Dans ce sens, les règles qui définissent le «contenu» de l'autorité parentale nous paraissent avoir surtout ceci de proprement juridique qu'elles sont en définitive des règles d'attribution. Nous voulons dire qu'elles fixent, en vue de leur respect par tous les tiers quelconques, le domaine d'action des père et mère. C'est pourquoi, selon nous, von Tuhr a raison d'assimiler aux droits réels le pouvoir des père et mère sur l'enfant.

Quant au pouvoir sur les biens de l'enfant, il fait moins de questions parce qu'il est plus évident. Juridiquement, c'est le pouvoir de disposition, tel que le décrit von Tuhr, celui de faire naître des effets juridiques sur le patrimoine du mineur, du chef du détenteur de l'autorité parentale (28). Physiquement, c'est la faculté de définir et de modifier la nature économique, voire l'affectation, des biens qui dépendent de ce patrimoine.

(27) D'où le droit des père et mère à la restitution par les tiers, ainsi que le dit HEGNAUER (sur ce droit, cf. n. 79 à 89 ad 273 CC). Il n'y a d'exception aux droits des père et mère de reprendre l'enfant que s'il leur est enlevé par une décision de l'autorité compétente, qu'un tiers exerce la légitime défense du mineur ou que le mineur se trouve en état de nécessité (HEGNAUER, n. 95 et 96 ad 273 CC). Sur cette action en «restitution de l'enfant», cf. SILBERNAGEL (n. 10 ad 273 CC) et EGGER (n. 12 ad 273 CC).

Le Tribunal fédéral (TF, 2e Cour civile, 24 février 1928, SCHMID, RO 54 II n° 2 cons. 1/a) parle comme un effet de l'autorité parentale du droit des père et mère à la «restitution» *(Herausgabe)* de l'enfant, ce que la traduction parue au JdT 1928 I p. 196 rend faiblement à notre sens, par le droit d'avoir la garde des enfants. Il s'agit en fait d'un droit analogue à celui de la revendication en matière de propriété.

Les père et mère peuvent également interdire les relations du mineur avec d'autres personnes (EGGER, n. 5 ad 275 CC).

(28) Cf. VON TUHR § 41 p. 283 et § 43 p. 306 ss.

Von Tuhr nous paraît dès lors avoir bien vu en écrivant que

> «La structure juridique (de l'autorité parentale n.d.r.), même dans le droit actuel, se rapproche plus des droits réels que des obligations; comme la propriété, elle n'est protégée par des moyens de droit qu'à l'égard des tiers; envers l'enfant, elle se manifeste par l'exercice de l'autorité paternelle, renforcée au besoin par les mesures d'autorité tutélaire, conformément à l'art. 284 al. 2 CC.» (29).

En définitive, l'autorité parentale, au sens large, est la maîtrise juridique universelle que possèdent les père ou mère sur la personne et sur le patrimoine du mineur non émancipé en vue des avantages que la famille est destinée à procurer à l'un et à l'autre (30). Elle se

(29) Cf. VON TUHR § 2 p. 11 et n. 27.

(30) Pour HEGNAUER (n. 60 à 68 ad 273 CC), l'autorité parentale se résout en la faculté et le devoir de prendre toutes les décisions et mesures dont l'enfant a besoin pour le développement raisonnable de sa personnalité, et qu'il ne peut prendre ou ne peut prendre seul à cause de son immaturité.

Sur le caractère de l'autorité parentale de se manifester par des facultés liées à un but, cf. HEGNAUER (n. 6 à 8 ad 273 CC et n. 10, 12 et 13 ad 273 CC).

SCHIESSER (p. 10) relève que l'administration légale du détenteur de l'autorité parentale, si elle est autonome, est liée à un but. De même EGGER, n. 7 ad 290 CC *(zweckgebunden)*.

On relèvera à cet égard la formule de SPITZER (RDT 1955 p. 6) que le patrimoine du mineur est tout entier affecté à un but *«das Kindervermögen (ist) zweckgebunden»*. Il explique que ce patrimoine ne peut servir qu'à ce qui est nécessaire pour l'entretien, l'habillement, l'éducation et la formation de l'enfant, ou pour ce qui est dans son intérêt direct, ou encore pour ce qui est nécessaire pour remplir les obligations légales qu'il a au sens de l'art. 328 CC.

EGGER dit très bien (n. 13 ad art. 279 et n. 7 ad 290 CC) que l'administration légale du détenteur de l'autorité parentale n'est pas libre *(frei)*, mais autonome *(selbständig)* et soumise aux buts qui lui sont assignés *(zweckgebunden)*.

Pour TENCHIO (ch. 2 p. 45), les droits du détenteur de l'autorité parentale sur les biens du mineur sont une émanation de l'autorité parentale. Mais alors que, selon lui, l'administration et la représentation qui en est la conséquence nécessaire, peuvent se déduire de la notion générale de l'autorité parentale comme des dispositions de nature tutélaire pour le bien de l'enfant, il n'en sera pas ainsi de la jouissance légale qui se présente essentiellement comme un droit des père et mère, et non comme un devoir, et appartient à ces derniers dans leur seul intérêt. Dès lors, le droit de jouissance doit se considérer comme un droit corrélatif, selon l'équité, au devoir que la loi impose aux père et mère envers l'enfant. On s'aperçoit, à considérer cette opinion, que les droits des père et mère sur les biens des enfants qui forment peut-être une réalité complexe mais une seule entité, sont séparés et au besoin opposés aussitôt qu'on perd de vue en les considérant la finalité qui les justifie. L'autorité parentale, une dans son essence et diverse dans ses manifestations, a pour finalité le bien de l'enfant, d'où procèdent les devoirs d'utiliser dans un certain sens les pouvoirs de disposition qui la constituent. Mais formellement, dans toutes ces manifestations, l'autorité parentale reste un pouvoir de disposition, y compris la jouissance légale. Certes, la jouissance légale est fondée sur le devoir d'entretien. Néanmoins, sa nature n'en est pas changée.

Notre opinion entraîne, quant au patrimoine du mineur, que celui-ci est l'objet de deux pouvoirs concurrents, à savoir la propriété du mineur, au nom duquel il est

mélange d'éléments tutélaires lorsqu'il n'existe pas ou plus de mariage et que la famille n'existe pas sous la forme d'une société complète.

loisible aux père et mère d'agir, et en outre le pouvoir propre du détenteur de l'autorité parentale, qui permet à ce dernier d'exercer tous les pouvoirs matériels du droit de propriété et d'engager des actions à l'instar du propriétaire, l'autorité parentale fonctionnant comme justification de l'exercice de ces pouvoirs exactement comme la propriété fonctionne comme justification des mêmes pouvoirs.

TITRE DEUXIÈME

L'administration légale (30*bis*)

Chapitre premier

L'objet de l'administration légale

L'administration des père et mère a pour objet le patrimoine du mineur, c'est-à-dire l'ensemble des droits et des charges de ce dernier, appréciables en argent (31). Nous ne nous attarderons ni sur la nature des biens, immeubles ou meubles, dont peut se composer le patrimoine du mineur, ni sur les droits en vertu desquels ces biens appartiennent à son patrimoine. Cela a été suffisamment développé par d'autres (32).

En revanche, à propos des capitaux administrés par le titulaire de l'autorité parentale, il y a lieu de faire une distinction importante.

Selon l'art. 320 al. 2 CC en effet, les versements en capital, dommages-intérêts et autres prestations semblables peuvent être utilisés par tranches pour l'entretien de l'enfant, autant que ses

(30*bis*) Schiesser (p. 7) définit l'administration comme l'activité matérielle et juridique qui, en se conformant à certains modèles, tend à conserver, faire valoir et augmenter un patrimoine.

(31) Cf. Tenchio, ch. 3 p. 46 à 54; Trüb, p. 57 et 73 ss; Hegnauer (n. 5 à 29 ad 290 CC).

Schiesser (p. 19) use d'une définition du patrimoine du mineur courte mais suffisante, à savoir l'ensemble des droits du mineur susceptibles d'estimation, y compris ses droits successoraux.

(32) Egger, n. 2 art. 290 CC; Hegnauer, n. 5 à 29 ad 290 CC; Bindschedler, p. 17 à 19; Trüb, p. 57 et 73 ss, donne du patrimoine de l'enfant une description étendue.

Trüb (p. 47) relève à juste titre que les père et mère sont possesseurs des biens susceptibles de possession dans le patrimoine du mineur. Nous dirons même que cette possession est originaire, comme fondée sur le titre juridique suffisant qui constitue l'autorité parentale en tant que pouvoir de disposition (cette possession n'est donc pas fondée sur la propriété du mineur, auquel cas celle des père et mère serait dérivée).

besoins courants l'exigent. A notre sens, il faut entendre par «versements en capital, dommages-intérêts et autres prestations semblables» toute indemnité ou prestation représentative de l'entretien, et exclusivement cela. Par indemnité représentative de l'entretien, nous entendons, d'une part, toute exécution de l'obligation d'entretien faite en capital et par excellence l'indemnité unique prévue par l'art. 288 al. 1 CC; d'autre part, tout capital destiné à indemniser l'enfant de la perte d'une personne grevée à son égard de l'obligation d'entretien, tout particulièrement l'indemnité pour perte de soutien, ou à lui prester conventionnellement une partie de ses frais d'entretien (32*bis*).

En revanche, les prestations qui n'ont pas pour origine la charge d'entretien et pour fin l'application à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ne sont pas, selon nous, «d'autres prestations semblables» au sens de l'art. 320 al. 1 CC. C'est ainsi qu'on n'y peut inclure les indemnités du chef de l'atteinte à la (future) capacité de gain de l'enfant. Celle-ci n'a aucun rapport avec la charge d'entretien des père et mère, puisqu'elle l'exclut en tous les cas, soit avant sa majorité (art. 276 al. 3 CC), soit à ce moment (art. 277 al. 1 CC), soit à l'écoulement du délai normal dans lequel l'enfant achève sa formation (art. 277 al. 2 CC). Il s'agit alors d'indemniser la part de l'entretien que l'intéressé se doit, si l'on ose dire, à lui-même.

Les indemnités représentatives de l'entretien ont pour caractère commun d'être destinées à être consommées pour l'entretien et l'éducation du mineur. De plus, acquittant la charge d'entretien ou indemnisant sa perte, elles représentent une obligation qui en principe (art. 277 al. 1 CC) ne dure pas au-delà de la majorité de l'enfant. Elles sont donc établies pour être dépensées par l'affectation à l'entretien et à l'éducation du mineur, pendant cette période. Il suit — et c'est important — que de tels capitaux ne sont pas par nature restituables à l'enfant lorsque la majorité survient (art. 326 CC): ils ont été normalement absorbés jusqu'à cette époque. Par tranches, dit précisément l'art. 320 al. 1 CC, et autant que les besoins courants l'exigent. Du reste, selon l'art. 327 al. 2 CC, les père et mère ne sont tenus, à la fin de l'administration, à aucune indemnisation pour les prélèvements qu'ils étaient en droit de faire pour l'enfant.

Il résulte logiquement de tout cela que les biens acquis à l'aide de ces capitaux — alors même que l'enfant est propriétaire de ceux-ci — ne passent pas dans sa propriété. A cet égard, on rappellera

(32*bis*) Aussi, avec HEGNAUER (n. 36 ad 279 CC) on fera figurer dans ce patrimoine les capitaux versés par les assurances en vertu d'un contrat pour le cas de vie (assurance-épargne, assurance-dot, assurance des frais d'études).

que le devoir d'entretien et d'éducation est fondé sur l'art. 272 CC — l'art. 278 al. 1 CC n'ayant pour but que de répartir entre les père et mère les charges imposées par ce devoir —. Ce devoir se résout, dans une première forme, en l'obligation d'affecter les biens et les services aux nécessités diverses qui se font jour touchant l'entretien et l'éducation de l'enfant. C'est ce que l'art. 276 al. 2 CC exprime en disant que l'entretien est assuré par les soins et l'éducation. En cela s'épuise l'obligation dont la loi charge les père et mère. Ce serait excéder les limites de ce qu'elle demande que d'exiger que ces biens passent dans le patrimoine du mineur ou qu'il soit créancier d'une prestation de service, car il suffit à la satisfaction du devoir d'entretien et d'éducation qu'en temps et lieu le mineur soit en mesure d'utiliser ces biens et services. On ne peut donc fonder sur ce devoir un transfert nécessaire de la propriété de ces biens ou de la titularité de la créance en prestation de ces services sur la tête du mineur. Lorsque ce sont des tiers, c'est-à-dire toutes autres personnes que les père et mère, qui procurent ces biens et services, le devoir d'entretien et d'éducation oblige les père et mère à en payer le prix, en même temps qu'ils sont, en vertu de l'analyse qui précède, eux-mêmes créanciers de la prestation des services ou de la délivrance des biens, quelle que soit la convention au titre de laquelle ils le sont.

Lorsqu'il y a motif (par exemple en cas de divorce des père et mère) de retirer à l'un des père et mère la faculté d'affecter des biens et services à l'entretien et à l'éducation du mineur ou de charger des tiers de le faire, la première forme de ce devoir cesse, et une seconde forme apparaît, où les père et mère sont tenus, en vertu de l'art. 272 CC, et ce tant entre eux qu'à l'égard de l'enfant, de mettre l'enfant ou son représentant légal en état d'y pourvoir, ce qu'il fait par le paiement d'une contribution d'entretien et d'éducation. C'est ce que l'art. 276 al. 2 CC exprime en disant que l'entretien est assuré lorsque l'enfant n'est pas sous la garde de ses père et mère, par des prestations pécuniaires. Dans ce cas, l'enfant est personnellement créancier de cette contribution (art. 289 al. 1 CC), fixée par le juge (art. 279 al. 1 CC). Cette contribution néanmoins a pour but de permettre à la personne qui a la charge de l'enfant d'exécuter son propre devoir — sous la première forme que nous avons vue ci-dessus.

Ainsi donc, sur les biens et services nécessaires ou utiles que les père et mère affectent à son entretien, le mineur n'a aucun droit personnel, faute de lien d'obligation. Il n'y a pas non plus à admettre qu'il en devienne propriétaire, ni qu'il en ait l'usufruit, ou un droit réel quelconque. C'est dire qu'en général les biens de quelque nature que ce soit dont le mineur a l'usage de fait n'entrent pas

dans son patrimoine (33) sauf donation des parents aux conditions et dans les formes légales. Par conséquent, ces derniers ne les administrent en aucun cas du chef de l'administration légale.

Il faut cependant faire à notre sens trois exceptions.

D'abord, l'acquisition par le titulaire de l'autorité parentale et l'attribution au mineur d'un bien susceptible d'une telle plus-value qu'elle équivaut à l'intérêt qu'il eût été possible de retirer des fonds affectés à cette acquisition emporte qu'il s'agit pour l'essentiel d'un placement, et non pas seulement d'une affectation à des buts d'entretien et d'éducation. En pareil cas, en raison de ce caractère de placement, il faut admettre que la propriété de l'objet passe au mineur, puisque c'est lui que le titulaire de l'autorité parentale entend faire profiter de la plus-value.

Ensuite, l'acquisition et l'attribution d'un bien, lorsqu'il appert d'emblée qu'il durera bien au-delà de la majorité (art. 277 al. 1 CC) ou de la fin de l'entretien (art. 277 al. 2 CC) et que son lien avec

(33) Dans ce sens, cf. HEGNAUER (n. 9 et 10 ad 290 CC). De même les actes juridiques relatifs au devoir d'entretien et d'éducation du mineur ne concernent pas son patrimoine (cf. HEGNAUER, n. 27 ad 279 CC).

Dans ce sens encore, EGGER (n. 3 ad 279 CC). Il nous paraît avoir tort cependant, dans la mesure où selon lui c'est en leur nom que les père et mère gèrent l'entreprise du mineur (403 CC). C'est à notre avis tout le contraire.

TRÜB (p. 62/62) relève aussi que les biens qui servent à l'entretien et à l'éducation du mineur n'entrent pas dans son patrimoine.

SCHIESSER (p. 19/20) relève aussi que les objets dont les père et mère affectent l'usage au mineur pour satisfaire à leur devoir d'entretien (vêtements, livres d'école, jouets) ne deviennent pas la propriété du mineur et, en conséquence, n'appartiennent pas au patrimoine de celui-ci. Peu importe, ajoute SCHIESSER, qu'il s'agisse d'objets achetés, loués ou affermés, peu importe aussi que les parents en aient la propriété, ou un droit réel restreint, ou un droit personnel. SCHIESSER ajoute cette remarque capitale que les père et mère ne sont tenus de rien d'autre que de donner au mineur la possibilité d'user des choses qui lui sont nécessaires pour son entretien et son éducation, de telle sorte que le concept de l'entretien est indépendant du concept de patrimoine ou de propriété. SCHIESSER appuie sa position de trois arguments que nous faisons nôtres: 1° L'art. 92 ch. 1 LP définit comme objet de compétence ce qui est nécessaire au débiteur et à sa famille. Selon JAEGER (n. 4 ad 29 LP), les livres d'école et le matériel scolaire du mineur font partie de ces biens. Si de tels objets étaient par exemple propriété du mineur, ils pourraient être revendiqués par le mineur dans la poursuite dirigée contre le détenteur de l'autorité parentale et il n'y aurait donc pas lieu de s'occuper de leur caractère insaisissable. 2° La propriété répond à un besoin social et crée un lien entre une masse de biens et la personnalité de son propriétaire en considération particulière de celle-ci. L'affectation de biens à des fins d'entretien et d'éducation fonde une relation patrimoniale beaucoup plus entre les biens et services considérés et celui qui est chargé d'y pourvoir, qu'avec le bénéficiaire. 3° Pratiquement, faire passer les biens et services affectés à l'entretien et à l'éducation du mineur dans son patrimoine conduirait à des absurdités. La mère de famille nombreuse ne pourrait utiliser les vêtements de l'aîné pour les cadets, ni leurs jouets, mais devrait restitution, soit des objets mêmes, soit de leur valeur. Ce serait une méconnaissance complète des faits sociaux les plus élémentaires.

l'entretien ou l'éducation est assez lâche, permet de conclure qu'il s'agit d'une libéralité des père et mère faite sans considération de l'entretien et de l'éducation, ou en considération des besoins du mineur que la charge d'entretien ne couvrira plus: ainsi l'achat d'une automobile de grand luxe à un mineur qui a le permis de conduire ou celui d'une chaise roulante à un infirme (34). En conséquence, de tels biens passent dans le patrimoine du mineur.

Enfin, il faut réserver le cas où le titulaire de l'autorité parentale fait, par déclaration expresse ou acte concluant, donation pleine et entière d'un bien de ce genre à un enfant, en dehors des hypothèses ci-dessus.

Dès le moment où les biens et services affectés à l'entretien du mineur ne passent pas dans son patrimoine et que les indemnités dont nous avons parlé tout à l'heure ont pour fin de procurer de tels biens et services, il apparaît que notre affirmation de tout à l'heure est justifiée (35).

(34) Cf. HEGNAUER n. 10 à 10/c 290 CC.

(35) Il est utile de rappeler ici que la charge d'entretien grevant exclusivement le patrimoine des père et mère, quiconque pourvoirait aux frais d'entretien et d'éducation du mineur en lieu et place des parents peut leur réclamer au titre de la gestion d'affaire les dépenses qu'il a faites de ce chef. Dans ce sens, SCHIESSER (p. 111) et HEGNAUER (n. 97 et 98 ad 272 CC, et citations). Rappelons ici l'art. 173 du Code civil fribourgeois: «Si un enfant, dans le temps que son père l'aura mis en pension, en apprentissage ou placé ailleurs hors de sa maison, se trouve manquer des premiers besoins de la vie, et reçoit dans cet état de dénuement des secours étrangers, le père sera tenu à en restituer la valeur ou la somme». Cf. dans le même sens l'arrêt HUNZIKER (TF, Cour de Cassation pénale, 1er février 1952, RO 78 IV n°13 p. 42/43/44). On se réfère aussi à la jurisprudence citée dans cet arrêt, notamment la p. 44. Le Tribunal fédéral, en jugeant (TF, Cour de Cassation pénale, 7 décembre 1945, OPPLIGER, RO 71 IV n° 46 p. 202/203) que le devoir d'entretien des parents envers l'enfant mineur, au sens de l'art. 272 al. 1 ancien CC, embrasse aussi l'obligation de rembourser à la collectivité les frais causés par le placement de l'enfant aux fins d'éducation, que ce placement soit ordonné par l'autorité tutélaire, ou par une autorité administrative, nous paraît aller dans le même sens, même si dans l'arrêt le Tribunal fédéral s'appuie sur l'art. 284 ancien CC et par conséquent sur l'art. 289 ancien CC, et sur l'art. 373 CC. Le fondement juridique nous paraît être dans tous les cas, en effet, la gestion d'affaires. Hedwig WIDMER (p. 17) relève que le devoir d'entretien de l'art. 272 ancien CC est suspendu pour ne laisser de place qu'à celui de l'art. 328 CC, lorsque l'enfant vit dans la fainéantise et dans l'inconduite. Ce point de vue nous paraît fondé. En effet, le devoir d'entretien vise les frais de mesures tendant à l'éducation et au développement de l'enfant. Si la nature de ce dernier est rebelle à toute éducation, les dépenses n'ont plus de sens, ni par conséquent leur remboursement. C'est ainsi, par exemple, que la prostituée qui entretiendrait un enfant souteneur, ne pourrait pas réclamer aux père et mère le remboursement des dépenses qu'elle aurait faites pour l'entretien et l'éducation complets de son amant, mais seulement les dépenses qu'elle a faites pour le tirer du besoin, au sens de l'art. 328 CC. Bien entendu, seraient à la charge des père et mère les frais de mesures prises pour remédier à l'inconduite ou à la fainéantise du mineur, par exemple des mesures de placement.

Certes, le titulaire de l'autorité parentale peut ne pas avoir l'emploi immédiat de tels capitaux. En pareil cas, il fera ce que l'art. 401 al. 1 CC prescrit au tuteur: il les placera à intérêt; ou encore, il les investira dans des biens dont on peut attendre une telle plus-value au moment de leur réalisation qu'elle équivaut à l'intérêt normal qui eût été tiré du placement productif d'un capital équivalent. Cependant, attendu la destination de ces fonds, il est à notre sens du devoir du titulaire de l'autorité parentale de ne choisir que des placements tels qu'ils soient toujours disponibles en vue de leur affectation à l'entretien ou à l'éducation du mineur dans le délai utile. Cela exclut dès lors les placements à long terme. La forme usuelle sera ainsi, de préférence, celle du dépôt d'épargne, même si elle est moins productive, parce qu'elle ménage la possibilité de disposer en temps et lieu des tranches nécessaires.

Sous ces réserves, les devoirs de l'administrateur légal quant à ces capitaux ne sont pas différents de ceux qui lui incombent pour ce qui regarde les autres. Encore faut-il garder présent à l'esprit que la règle en la matière est que le titulaire de l'autorité parentale conserve de tels capitaux pour les affecter en temps opportun à leur destination particulière, et non pour les restituer en fin d'administration.

Aux capitaux dont on vient de parler s'opposent ceux qui, n'acquittant pas l'entretien ou n'indemnisant pas sa perte, n'ont en principe pas à être appliqués à l'entretien et à l'éducation du mineur en dehors de l'hypothèse visée à l'art. 320 al. 2 CC et sont conservés pour être restitués par le titulaire de l'autorité parentale lorsque l'administration prend fin (art. 326 CC). A ces capitaux s'appliquent sans réserve les règles d'administration légale que nous allons étudier ci-après.

Les biens affectés à l'entretien et à l'éducation du mineur et acquis à l'aide de ces capitaux (aux conditions de l'art. 320 al. 2 CC, nous y reviendrons) ne laissent pas d'être la propriété du titulaire de l'autorité parentale et non celle du mineur, sauf les exceptions que nous avons reconnues ci-devant.

Pour les biens qui échappent à l'administration légale des père et mère tout en faisant partie du patrimoine du mineur, il s'agit des biens libérés (art. 321 al. 2 CC), y compris la réserve héréditaire en

A juste titre, Hedwig WIDMER (p. 17) constate que les père et mère, en vertu de l'art. 272 ancien CC, répondent des dettes que l'enfant aurait pu faire pour suppléer ses parents défaillants dans leur devoir d'entretien.

Cf. sur ce point HEGNAUER, n. 99 ad 272 CC, selon lequel cependant (n. 100 ad 272 CC) les tiers qui sont des parents n'ont point de prétention en restitution de ce qu'ils ont avancé pour l'entretien du mineur, attendu qu'il s'agit, en ce cas, sauf volonté contraire, de l'exécution d'un devoir moral.

cas de disposition spéciale pour cause de mort (art. 322 CC), de la rémunération du travail du mineur et de son fonds professionnel (art. 323 al. 1 CC). Il n'est pas de notre propos de répéter ici ce que d'autres ont dit sur ce point (36).

Pas plus que les biens qui servent à son éducation n'entrent dans son actif, les dettes qui s'y rapportent et plus généralement les engagements qui les grèvent n'entrent dans son passif. Il suffit de dire ici que le patrimoine du mineur comprend, au passif, les dettes fondées sur les contrats ou quasi-contrats sans rapport avec l'entretien de sa personne, notamment les charges qui grèvent les donations qu'il reçoit (art. 19 al. 3 CC), les dettes fondées sur ses délits et quasi-délits, y compris celles qui naissent de sa responsabilité causale (cf. 305 al. 2 CC et 55, 56 et 58 CO à titre d'exemple), les dettes enfin fondées sur l'exercice régulier d'une profession ou d'une industrie que le titulaire de l'autorité parentale l'a autorisé tacitement ou expressément à exercer (art. 305 al. 1 et 412 CC), les dettes fondées sur son enrichissement illégitime (art. 411 al. 3 CC et 62 et suivants CO). En outre, le passif comprend les engagements et les garanties (actes d'intercession en faveur des parents ou hypothèques légales de droit fédéral ou cantonal).

(36) Sur le patrimoine, le salaire et le fonds professionnel libérés des droits des père et mère, cf. EGGER, n. 1 à 8 ad 294 CC; n. 7 et 8 ad 295 CC; n. 1 à 6 ad 296 CC; HEGNAUER, n. 59 à 61 ad 290 CC; n. 9 à 56 ad 294 CC; n. 16 et 60 à 85 ad 295 CC; n. 5 à 58 ad 296 CC; TRÜB, p. 48, 66 et 67; BINDSCHEDLER, p. 95 à 123; CORNAZ, RDT 1949, p. 10 et ss.

Les différents biens libérés de l'administration et de la jouissance du détenteur de l'autorité parentale, alternativement ou cumulativement, le sont, ainsi que BINDSCHEDLER le rappelle (pp. 100 et 101) à propos des biens libérés visés par l'art. 294 CC, capital et intérêts, y compris les biens acquis en remploi.

Sur la question des biens libérés, on lira avec profit l'article de CORNAZ (in RDT 1949 p. 10), pour qui l'administration de ces biens doit être remise à un curateur au sens de l'art. 393 ch 2 CC lorsque l'enfant est incapable de discernement et au mineur lui-même lorsqu'il en est capable (par application de l'art. 414 CC).

Relevons que selon l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral, TF, Chambre des Poursuites et Faillites, 30 avril 1914, ROTH, RO 40 III n° 26 cons. 3 p. 152, l'enfant administre avec le plein exercice de la capacité civile le produit de son travail lorsqu'il vit en dehors du ménage commun.

Chapitre II

Le caractère tutélaire de l'administration légale

Si le CC fait du droit d'administrer le patrimoine du mineur une implication de l'autorité parentale, il ne dit pas à quelles fins et de quelle manière le titulaire de l'autorité parentale doit administrer. Il est donc nécessaire de recourir à l'un des modèles d'administration décrits par le code pour en appliquer les règles, *mutatis mutandis*, à la gestion du titulaire de l'autorité parentale.

Sous l'empire de l'ancien régime légal, on aurait pu proposer à l'administration du titulaire de l'autorité parentale, à titre de modèle, la gestion de l'usufruitier, puisque l'art. 300 al. 1 CC ancien disposait que les père et mère répondaient comme lui de la restitution des biens de l'enfant. Cela eût été à notre sens impossible, non seulement parce que l'art. 300 al. 1 CC a été aboli, les père et mère restituant désormais comme des mandataires, en vertu de l'art. 327 al. 1 CC, non seulement parce que l'art. 300 al. 1 CC disait bien comment l'on doit restituer, mais non point comment l'on doit gérer, mais encore parce que l'analogie même était impossible entre la condition de l'usufruitier et celle de l'administrateur légal au titre de l'autorité parentale.

L'usufruitier en effet gère les biens dont il a la possession, l'usage et la jouissance, mais dans son intérêt exclusif cependant, et non point dans celui du propriétaire. Certes, s'il doit en tenir compte et qu'il soit ainsi tenu de veiller à ce que sa jouissance ne soit pas excessive et à ce que la destination de l'immeuble ne soit pas modifiée au détriment notable du propriétaire (art. 768 al. 1 CC et 769 al. 1 CC); s'il ne doit pas modifier essentiellement la chose ou la destination du fonds, même en avisant le propriétaire (art. 769 al. 2 et 3 CC); s'il est tenu de respecter l'aménagement rationnel d'une forêt (art. 770 al. 1 CC); s'il est obligé de restreindre sa jouissance pour permettre au propriétaire de reconstituer son capital ébréché

par une catastrophe naturelle (art. 770 al. 3 CC), cela prouve qu'il est limité dans sa gestion par l'intérêt du propriétaire, mais non pas pour autant qu'il gère dans l'intérêt de ce dernier. S'il a l'obligation de faire certains actes de gestion pour sauvegarder les intérêts du propriétaire dans les limites de leurs rapports juridiques réciproques, il n'a pas l'obligation ou le devoir généraux d'administrer les biens dont il jouit en vue de l'intérêt du propriétaire. D'une manière générale, il n'est pas tenu à autre chose que de ne pas excéder son propre droit.

On admettra volontiers que les règles que nous recherchons ne sont pas à déduire d'un tel devoir général.

Dès le moment où les parents n'ont plus la jouissance des biens de l'enfant, ils ne répondent plus de la même manière qu'un usufruitier, mais de la même manière qu'un mandataire (37). C'est à l'art. 398 CO que l'art. 327 al. 1 CC renvoie. Cela ne signifie pas pour autant que la gestion du mandataire fournisse un modèle à l'administration légale.

D'abord, l'assimilation du détenteur de l'autorité parentale au mandataire détermine bien quelle est la mesure de la diligence que la loi exige de lui dans sa gestion, mais pour autant ne précise pas à quels devoirs il doit appliquer cette diligence. Ensuite, et surtout, le mandataire connaît ses devoirs par les instructions qu'il reçoit du mandant, si elles sont expresses (art. 397 al. 1 CO), ou, à défaut de celles-ci, par les intentions présumables du maître (art. 419 CO). Sinon, il doit à tout le moins gérer conformément aux intérêts du mandant (art. 419 CO). C'est un élément essentiel du mandat et c'est précisément ce qui rend impossible d'assimiler la gestion du mandataire à celle du titulaire de l'autorité parentale. Cela pour deux raisons. La première, c'est que la condition de mandataire lié aux instructions du mandant est en contradiction, attendu la subordination qu'elle implique, avec l'existence même de l'autorité parentale, pouvoir de disposition du représentant sur la personne et sur les biens du représenté. Les deux rapports de subordination sont en sens inverse et, intéressant les mêmes personnes, impossibles en même temps. La seconde, c'est que les instructions d'une personne que la loi même exclut de l'administration de ses biens en lui refusant l'exercice des droits civils n'ont du même coup aucune valeur juridique. Certes, le titulaire de l'autorité parentale (art. 301 al. 2 CC) doit consulter — si possible — l'enfant qui y est soumis dans les affaires importantes; il n'est cependant pas lié par cet avis — pour la raison qu'on vient de voir ci-dessus —; mieux encore, il n'est à notre sens — c'est corrélatif, tout comme dans le cas du

(37) Selon l'art. 327 al 1 CC, les père et mère répondent de la même manière qu'un mandataire de la restitution des biens de l'enfant.

tuteur — pas dégagé de sa responsabilité par l'approbation du mineur (cf. l'art. 409 al. 2 CC pour le pupille, donc pour le mineur sous tutelle et, par identité de condition, pour le mineur sous autorité parentale en vertu de l'art. 305 al. 1 CC). Cela signifie que l'assentiment du mineur ou son opposition ne sont d'aucune pertinence dans l'administration légale et que le titulaire de l'autorité parentale ne peut et ne doit y voir ni la source ni la mesure de ses devoirs, et pas davantage ne peut s'y référer quant au choix des moyens par lesquels il doit adapter sa gestion aux fins qui lui sont proposées. Certes, on pourrait s'en remettre à lui de gérer — à l'instar du gérant d'affaires (art. 419 CO) — dans l'intérêt du mineur — sans autre précision. Mais, outre qu'il serait singulier de rapprocher celui qui agit pour autrui sans mandat et sans titre, de celui à qui la loi impose le soin du patrimoine d'autrui, il n'en demeurerait pas moins qu'il y aurait une trop forte inégalité de condition — sans justification objective, bien au contraire — entre le mineur sous tutelle, dont le tuteur est régi par des règles strictes, et le mineur sous l'autorité parentale, dont le père ou la mère se trouvent sans règles de conduite, alors qu'ils sont soumis l'un et l'autre à un pouvoir de disposition matériellement identique, quant à la personne et quant aux biens.

On pourrait, comme une partie de la doctrine a tenté de le faire, appliquer au titulaire de l'autorité parentale, par analogie, les règles qui ont trait à la gestion du mari dans l'union des biens (38). Nous disons par analogie, parce qu'il est évident que la société conjugale, composée du mari et de la femme, est distincte de la société familiale, composée des père et mère et de l'enfant (39).

Selon nous, l'analogie n'est pas entièrement permise (40). Certes, le mari administre les biens matrimoniaux (art. 200

(38) Dans ce sens : EGGER, n. 1 ad 290 CC et HEGNAUER, n. 96 ad 290 CC, avec les références.

Bien entendu, il est juste de les rapprocher au moins sur un point, en ce sens qu'en principe le patrimoine du mineur, comme les apports de la femme, ne doit ni augmenter, ni décroître, et sous ce rapport est intouchable, ainsi que le remarque SPITZER (RDT 1965 p. 6).

LINK, in RDT 1965 ch. II p. 2 à 4, fait une intéressante tentative de comparaison de l'administration des père et mère avec celle du titulaire du patrimoine lui-même, celle du mandataire conventionnel, celle enfin du mari dans l'union des biens. Il ne s'inspire, pour finir, d'aucun de ces modèles.

(39) C'est la différence entre l'union conjugale définie à l'art. 159 CC et la famille au sens de l'art. 272 CC.

(40) LINK lui-même (RDT 1965 p. 4) relève que les père et mère, dans l'administration du patrimoine du mineur, sont en substance moins libres que le mari dans l'union des biens, administrateur du patrimoine de sa femme. C'est reconnaître qu'il y a lieu d'appliquer des principes différents. Dans le même sens, BINDSCHEDLER (p. 13) qui fait le compte des ressemblances et des différences.

al. 1 CC). Mais son pouvoir propre de disposition ne va pas très loin, puisqu'il ne peut, en dehors des actes de simple administration, disposer sans le consentement de sa femme des apports de celle-ci qui sont demeurés dans son patrimoine (art. 202 al. 1 CC). Peu importe que ce consentement soit en principe présumé pour les tiers (art. 202 al. 2 CC). D'une part, en effet, nous nous occupons ici forcément des rapports internes entre le mineur et l'administrateur légal. D'autre part, le pouvoir de représentation et le pouvoir d'administration du titulaire de l'autorité parentale ont la même extension: les limites des rapports internes et externes coïncident. C'est que les uns comme les autres ont leur fondement, leur raison d'être et leur mesure dans l'autorité parentale, dont les caractères sont les mêmes dans toutes leurs manifestations (41). Si le mari est assurément le représentant légal de la femme pour ce qui concerne les biens de celle-ci (art. 162 CC), la femme ne pouvant agir elle-même que dans la mesure, restreinte, où elle représente l'union conjugale (art. 163 CC), c'est-à-dire pour les besoins courants du ménage (art. 163 al. 1 CC), c'est justement ce qui fait que ce pouvoir ne coïncide pas avec son pouvoir d'administration légale (42); en effet, comme le curateur de gestion (art. 419 al. 2 CC), il n'a pas, au-delà des besoins de l'administration courante, de consentement juridiquement efficace à lui seul; celui de la femme est nécessaire. C'est donc elle qui en définitive a, dans les actes les plus importants qui affectent son patrimoine, la plénitude du pouvoir de disposer. C'est son consentement et sa ratification qui complètent les actes du mari. Dans cette mesure, c'est elle qui en dernier ressort est appelée à apprécier son propre intérêt aux opérations qui dépassent l'administration courante. En cela, elle n'est pas dans une situation différente de tous ceux qui gèrent eux-mêmes leur propre patrimoine. Lors même que le mari est seul à gérer dans l'intérêt de la femme, cette dernière est appelée à en juger elle-même. Il est donc moins urgent de fixer les règles auxquelles devra se soumettre celui qui gère dans l'intérêt de la femme. Ces règles sont en effet nécessaires dans la seule mesure où il ne revient pas à l'intéressée d'apprécier son intérêt et où, au contraire, le gérant seul est appelé à le faire. Certes, il reste les principes qui régissent l'administration courante

(41) Dans ce sens, W. Gautschi, p. 242.

(42) Cf. Lemp, n. 6 ad 162 CC. La coïncidence des pouvoirs de représentation du mari et de sa femme n'est que partielle (Lemp, n. 5 ad 162 CC). Pour les actes importants concernant les biens matrimoniaux ou ceux de la femme, le mari représente *seul*.

Autrement dit, les droits que les père et mère exercent à eux seuls en plénitude sont exercés par le tuteur et les autorités de tutelle agissant en concours.

du mari, puisque là justement il est seul à faire une appréciation qui est retirée à la femme. Mais, précisément, dans la mesure où il est d'autant plus nécessaire de trouver les principes applicables à la gestion des biens les plus importants d'un patrimoine par leur nature et leur valeur que leur titulaire est exclu de cette administration, ce sont des règles qui puissent s'étendre à l'ensemble d'une gestion et au premier chef aux actes les plus importants de celle-ci qu'il s'agit de trouver. Or, qui nierait que les règles qu'il nous importe le plus de dégager dépendent largement et de la nature et de la valeur des biens qu'elles visent? Toutes règles que l'on ne trouvera pas dans celles qui régissent l'administration du mari. Il apparaît en définitive que l'on ne saurait se référer à l'administration maritale pour définir les devoirs du titulaire de l'autorité parentale en matière d'administration.

En dernière analyse les devoirs des père et mère en matière d'administration légale sont analogues aux obligations en ce domaine des organes de la tutelle, parce que seul le régime tutélaire offre avec celui qui nous occupe une similitude suffisante.

A ne considérer en effet que les pouvoirs matériels, seuls ensemble le tuteur et les autorités de tutelle ont les facultés mêmes des père et mère (43). Sous réserve du concours des autorités de tutelle, le tuteur exerce les droits des père et mère en vue de l'éducation des enfants (art. 405 CC). Les autorités de tutelle ratifient ses décisions à cet égard et exercent ainsi à titre souverain les pouvoirs des père et mère en matière de résidence (art. 421 ch. 13 et 14 CC), d'éducation et de formation professionnelles (art. 421 ch. 12 et 13 CC), d'exercice d'une profession (art. 412 et 421 ch. 7 CC), d'adoption (art. 422 ch. 1 CC), de droit de cité (art. 422 ch. 2 CC). Il en va de même quant à l'administration des biens. Le tuteur représente seul le pupille — mais non pas les autorités de tutelle — (art. 407 CC) et gère ses biens librement, dans les limites de l'administration courante (art. 413 al. 1 CC combiné avec l'art. 421 ch. 2, 3 et 6 CC), en concours avec les autorités de tutelle au-delà de cette limite (cf. art. 407 combiné avec 421 et 422 CC). Aussi bien la réserve du concours des autorités de tutelle à l'art. 407 CC ne vise-t-elle pas la représentation, mais la gestion. Il ne s'agit pas de dire que le tuteur et les autorités de tutelle représentent conjointement le mineur, mais qu'en ratifiant l'acte juridique passé par ce dernier au nom de son pupille, les autorités de tutelle complètent les pouvoirs

(43) TENCHIO, ch. 3 p. 23, relève que dans le CC l'autorité parentale s'est rapprochée de l'activité du tuteur, avec ces différences cependant que les père et mère ont une plus grande liberté, sont par conséquent moins surveillés par l'autorité tutélaire, et jouissent des biens de l'enfant.

d'administration en vertu desquels le tuteur représente (44). Tuteur et autorités de tutelle, le premier agissant seul ou en concours avec les autres selon l'occurrence, exercent les pouvoirs matériels des père et mère, et tous ces pouvoirs, nous l'avons dit, au titre de leur fonction tutélaire. Il n'est pas utile de répéter ici, car nous nous sommes suffisamment exprimé ailleurs, pourquoi on doit envisager que ce faisant, leur fonction supplée la fonction familiale non exercée ou manquant son but. Dans cette optique, il y a donc équivalence des deux fonctions.

Quant au but, notamment, c'est dans tous les cas le plus grand avantage du mineur qui leur est également assigné. Mais la réalisation de ce but, pour ce qui concerne les organes de la tutelle, suppose qu'ils respectent les règles établies par la loi touchant l'activité qu'ils exercent au titre de leur fonction et notamment les art. 398 à 404 CC, qui vont nous intéresser plus particulièrement. A cet égard, nous demandons que l'on veuille bien faire un rapprochement avec la situation du mari administrateur. Dans la mesure, avons-nous dit, où celui-ci est seul compétent pour faire des actes de gestion et où, par conséquent, n'ayant pas à requérir le consentement de la femme, appelé à compléter le sien, il est dispensé dès lors de la mettre en mesure d'apprécier son propre intérêt et de se déterminer pour autant, il y a lieu à des règles qui définissent ses obligations d'administrateur. Or, en matière d'administration tutélaire, c'est de manière permanente que le pupille est exclu de l'administration de ses biens, en ce sens qu'il n'a pas à donner un consentement juridiquement efficace (45), lié à une appréciation de son intérêt à l'opération, à laquelle il serait alors dans le cas de procéder lui-même. Ce n'est pas la même chose de prévoir qu'il sera consulté pour tous les actes importants (art. 409 al. 1 CC), car alors les organes de la tutelle ne sont aucunement liés par sa détermination, leur seule obligation étant de la requérir, et encore cette obligation n'a-t-elle aucune sanction (46). On conçoit alors que l'administration des biens du pupille doit être à peu près entièrement soumise à des règles légales dans la mesure où le titulaire de ces biens n'est pas appelé à se déterminer sur son propre intérêt dans les opérations qui le regardent. Certes, on pourrait se

(44) Cf. là-dessus KAUFMANN, n. 28 ad 407 CC et EGGER, n. 3 ad 407 CC.

(45) Même remarque dans SCHIESSER, RDT 1946 p. 46.

L'art. 409 CC ménage au pupille le droit de donner son avis, mais le tuteur ni les autorités de tutelle ne sont liés par celui-ci. Cf. KAUFMANN, n. 8 ad 409 CC, EGGER, n. 2 ad 409 CC, et HEGNAUER, n. 99 ad 290 CC.

(46) Sous réserve du recours de l'art. 420 CC. Mais, l'acte fait, le recours est sans objet si l'on ne peut rétablir la situation antérieure. Cf. KAUFMANN, n. 10 ad 409 CC et 20 ad 420 CC et EGGER, n. 7 ad 409 CC et 37 ad 420 CC.

contenter d'une règle générale qui se bornerait à prescrire qu'en la matière l'intérêt seul du pupille est décisif. Mais cela ne serait pas encore suffisant, parce qu'on ne pourrait guère en déduire quelles conséquences emporte la nécessité de se soumettre exclusivement à cet intérêt, relativement à la nature et à la valeur des biens qui forment le patrimoine à gérer. Et de fait, les art. 398 à 404 CC définissent la manière dont il convient de procurer le plus grand avantage du pupille et d'éviter son dommage. En considération de la fin à atteindre, qui est la prospérité du pupille, la loi impose aux organes de la tutelle les moyens d'y parvenir.

Mais à cet égard, la fonction familiale présente les mêmes caractéristiques. Au titre de leur administration, les père et mère n'ont aucun consentement à recueillir du mineur. Ils n'ont ni plus ni moins à le consulter que les organes de la tutelle (art. 301 al. 2 CC) (47). On est donc fondé à conclure, vu l'identité des fins poursuivies par les deux fonctions, et le fait qu'elles nécessitent chacune des règles d'administration, l'intéressé étant exclu de la gestion de son propre patrimoine, que les principes en la matière ont un contenu identique (48). Affirmer que les devoirs des organes de la tutelle sont

(47) On sait que l'art. 280 al. 2 ancien CC a été introduit précisément pour exclure dans le cas de l'enfant le concours ouvert au pupille par l'art. 409 CC. Voir HEGNAUER, n. 3 a ad 280 CC. Cf aussi BINSCHEDLER, p. 36.

(48) Pour HEFTI (p. 47), la tutelle des mineurs a pour but de remplacer l'autorité parentale. Pour BINDSCHEDLER (p. 35), les devoirs des parents en matière d'administration sont tracés par le caractère «tutélaire» de l'autorité parentale, fondés qu'ils sont sur l'identité des fins de la tutelle et de l'autorité parentale. Pour TRÜB (p. 129) aussi, l'autorité parentale a un caractère «tutélaire».

A relever que le Conseil d'Etat de Bâle-Campagne (in ZBGR 22 n° 70 p. 184) a tout simplement fait application des art. 399 et 401 CC (via l'art. 52 de la loi d'introduction du CC) à la mère seule détentrice de l'autorité parentale sur les enfants après le décès du mari.

Pour le Tribunal supérieur du canton de Zurich (Troisième Chambre), entre l'autorité parentale et la tutelle existent certains rapports mutuels d'une telle nature qu'on peut dire que l'autorité parentale est un rapport juridique analogue à la tutelle (SJZ 32/1935/36, p. 155 n° 32).

Ce qui ne signifie pas que, par exemple, les père et mère titulaires de l'autorité parentale doivent placer l'argent de leurs enfants en titres pupillaires (Conseil d'Etat du canton de Lucerne, RDT 1962 n° 24 p. 90).

BAUMANN (RDT 1948 p. 51) relève que les dispositions qui règlent l'action du tuteur (399 CC et suivants) ne s'appliquent pas aux parents. Nous distinguons comme au texte: les principes qui fondent ces règles particulières s'appliquant, y compris ces règles, quand elles statuent du droit matériel et ne sont pas des dispositions d'organisation.

SCHIESSER (RDT 1946 p. 45) nous paraît forcer l'opposition entre tutelle et autorité parentale. Selon lui: 1° la relation morale des père et mère avec leur enfant diffère de celle — qui s'analyse en un pur devoir — du tuteur et de son pupille; 2° la tutelle est établie dans le seul intérêt du pupille, alors que l'autorité parentale existe aussi au profit des père et mère — qui ont la jouissance légale des biens de

analogues à ceux des père et mère, c'est simplement conclure de l'identité des fins à l'analogie des moyens. C'est donc au modèle de l'administration du tuteur qu'il convient de recourir pour définir les devoirs des père et mère en matière d'administration légale.

Les règles afférentes à l'administration tutélaire se trouvent aux art. 398 à 404 CC (49). Ceux-ci contiennent d'une part des règles d'organisation, d'autre part des règles de droit matériel. Par règles d'organisation, nous entendons toutes celles qui, procédant de la subordination du tuteur aux autorités de tutelle, ont trait au concours de ces dernières avec lui. C'est ainsi que l'art. 398 CC oblige le tuteur à dresser un inventaire des biens du pupille, cet inventaire ayant pour cause un devoir d'information des autorités de tutelle à la charge du tuteur et pour fin de permettre le contrôle par celles-ci de la gestion des biens qui lui sont confiés, par comparaison avec les causes et rapports auxquels il est tenu (cf. art. 413 al. 2, 423 al. 1, 451 et 452 CC); que les titres et objets de prix sont déposés en lieu sûr et entrent «sous le contrôle de l'autorité tutélaire» (art. 399 CC); que l'autorité tutélaire donne les instructions

leur enfant. Nous préférons insister au contraire sur le fait que, dans un cas comme dans l'autre, 1° il s'agit d'une fonction, destinée à remédier à une incapacité et qui dès lors a le même but; 2° c'est lorsqu'il s'agit d'attribuer cette fonction à un titulaire qu'entrent en ligne de compte les conséquences nécessaires du but de la famille et, à défaut de celle-ci, du but général de la société. Ce qui explique dès lors la position plus libre du titulaire de l'autorité parentale, c'est l'aptitude de la famille à la fonction, en raison de la fin qui lui est propre; cette aptitude ne peut être présumée d'un citoyen pris dans la société politique s'agissant des intérêts de son concitoyen.

(49) Il ne s'agit pas de dire que les parents sont sujets des devoirs édictés par les articles en question (cf. sur ce point HEGNAUER, n. 97 ad 290 CC). Nous voulons dire qu'ils sont liés par le rapport qui doit exister entre les moyens qu'ils prennent et les buts à atteindre, et qui sont les mêmes en principe que doit viser l'administration du tuteur, si bien que ces règles ont une valeur indicative. En principe, par exemple, ainsi que le remarque BINDSCHLEDLER (p. 36), les père et mère ont une entière liberté dans leurs placements.

Sur l'administration du tuteur en général, cf. HEFTI, p. 168 à 173.

Il est curieux de constater que l'autorité tutélaire de la ville de Bienne a reproché à une mère de famille de manquer à ses devoirs d'administration légale en vendant un immeuble du mineur (alors apparemment que la fortune comportait des titres) dans la vue que, ce qui ressort de la systématie des art. 398 à 404 CC, les immeubles d'un incapable ne sont vendus qu'à la dernière extrémité, en tout cas subsidiairement aux meubles, et a décidé incontinent de la flanquer d'un curateur (en application de l'art. 392 ch. 2 CC) pour l'opération. Le Conseil d'Etat du canton de Berne lui a donné tort, relevant que les père et mère étaient plus libres que le tuteur et que l'intervention de l'autorité tutélaire n'était justifiée qu'aux conditions des art. 392 ch. 2 et 297 ancien CC. A juste titre. Mais le fait de vendre d'emblée l'immeuble d'un mineur qui, en outre, possède des titres réalisables sans risques excessifs, ne laisse pas d'être contraire aux règles d'administration posées aux art. 398 à 404 CC et devrait encourager, selon nous, l'autorité tutélaire à examiner de près la gestion de l'intéressé (Conseil d'Etat du canton de Berne, RDT 1961 n° 40 p. 149 considérant 2).

nécessaires touchant la vente des meubles du mineur (art. 400 al. 1 CC) et la liquidation ou la continuation des entreprises, notamment commerciales ou industrielles (art. 403 CC); que l'autorité tutélaire désigne l'établissement financier où l'argent comptant doit être placé (art. 401 al. 1 CC), agrée les titres acquis avec l'argent comptant (même article) ou par conversion des créances non suffisamment garanties (art. 402 al. 1 combiné avec l'art. 401 al. 1 CC), décide de la vente des immeubles du pupille (art. 404 al. 1 CC), approuve l'adjudication de ceux-ci en cas d'enchères publiques (art. 404 al. 2 CC); que l'autorité de surveillance autorise la vente de gré à gré des immeubles (art. 404 al. 3 CC). Comme les père et mère administrent et représentent sans le concours des autorités de tutelle, le tout sous réserve des exceptions légales qu'on verra ci-après, il tombe sous le sens que les règles d'organisation établies aux art. 398 à 404 CC ne leur sont d'aucune manière applicables.

En dehors des règles d'organisation, il est des règles matérielles qui, comme nous l'avons dit, établissent les moyens auxquels recourir, compte tenu de la nature et de la valeur des différents biens, en vue d'assurer la fin assignée à l'administration tutélaire. Et là, il faut encore faire une distinction entre, d'une part, les règles d'application transitoire, et les règles d'application permanente. En effet, à l'origine, et à la lettre, les art. 398 à 404 CC définissent le régime transitoire entre l'état du patrimoine du pupille avant qu'il ne soit interdit et au moment où il administre lui-même, et l'état que doit présenter ce même patrimoine pour être soumis à l'administration de type tutélaire. Il s'agit en effet, ainsi que le dit expressément la note marginale A adjacente à l'art. 398 CC, des obligations du tuteur à son entrée en fonctions, c'est-à-dire au commencement de son administration. C'est pourquoi l'ensemble des art. 398 à 404 CC définit une liquidation du patrimoine du pupille pour le mettre dans un état adapté à l'administration tutélaire. Cela ressort aussi bien des déclarations de Huber que du rapport de langue allemande présenté au Conseil national et du commentaire d'Egger (50). Si l'on considère l'ensemble des art. 398 à 404 CC comme des dispositions transitoires, on constate que la nature du patrimoine du pupille est changée: les meubles et immeubles sont vendus (art. 400 al. 1 et 404 al. 1 CC). L'argent comptant, y compris l'argent tiré de ces ventes, est placé en titres pupillaires (art. 401 al. 1 CC). Sauf l'intérêt du pupille, les entreprises sont liquidées (art. 403 CC). En définitive, les mesures transitoires prévues à

(50) HUBER, à propos du droit cantonal: I ch. 47. Bulletin sténographique, XV, 1291. EGGER, n. 17 ad 398 CC. Sur le caractère de «liquidation» de la vente visée à l'art. 400 CC, cf. EGGER, n. 2 ad 400 CC.

l'entrée en fonctions du tuteur tendent à dénaturer le patrimoine du pupille en vue de le transformer autant que possible en un ensemble de titres et d'argent liquide, ainsi adapté à l'administration proprement tutélaire (51). Depuis longtemps cependant, les auteurs (52), suivis par les tribunaux (53), ont admis que les art. 398 à 404 CC s'appliquent en tous temps à l'administration tutélaire. C'est dans cette mesure aussi qu'ils peuvent définir les devoirs des père et mère (54).

(51) Sur cette question, BlzR 33 n° 148 p. 321; EGGER, n. 17 ad 398 CC.

(52) EGGER, n. 17 ad 398 CC; KAUFMANN, *Vorbemerk.* 5 ad 398-404 CC; il fait une exception pour l'art. 404 CC, qui ne s'appliquerait qu'au début de la tutelle. Mais la jurisprudence ne l'a pas suivi sur ce point (cf. note suivante).

(53) Notamment, le Tribunal fédéral, qui a précisément admis que l'art. 404 CC s'applique pendant toute la durée de la tutelle (RO 63 I n° 23, p. 108).

Cf. aussi l'arrêt du TF, 2e Cour civile, 14 décembre 1954 KAESTLIN, RO 80 II n° 58 cons. 4 p. 377 avec la jurisprudence citée.

(54) Quant au caractère général des principes qui sont exprimés, dans l'hypothèse d'une tutelle, aux art. 398 à 404 CC, cf. l'opinion de JENNY (RDT 1959 p. 122/123). Par exemple (SCHIESSER, p. 68, fait la même remarque) lorsque le détenteur de l'autorité parentale gère une entreprise au sens de l'art. 403 CC, il le fait comme administrateur légal et non comme employé du mineur. Pour SCHIESSER, au contraire (p. 10), l'autorité parentale est fondamentalement différente de la tutelle. Cette vue est fausse. Matériellement, le tuteur et le détenteur de l'autorité parentale ont des pouvoirs identiques, la distinction réside dans la subordination du tuteur aux autorités de tutelle, qui l'instituent et le surveillent au titre du bien commun, qui est la fin de la société politique. Tout ce qui, dans les articles relatifs à la tutelle, est fondé sur cette subordination ne vaut pas pour les parents. Pour le reste, les devoirs sont cependant les mêmes. SCHIESSER a donc tort de dire (p. 11) que l'administration légale des père et mère n'a aucun caractère tutélaire, ni quant au contenu, ni quant à la systématique légale, ni quant à la terminologie. A tort, SCHIESSER donne-t-il (loc. cit.) l'exemple des valeurs pupillaires. En effet, la liste des valeurs pupillaires édictée par les cantons est fondée sur la nécessité de donner des instructions au tuteur. C'est un élément de subordination qu'en effet, et même dans notre théorie, les parents n'ont pas à prendre en considération. Cependant, la nature des placements, notamment quant à la sûreté, fait que, sous les formes qui relèvent de leur compétence, les détenteurs de l'autorité parentale doivent tendre au même but. Ce qui précède nous paraît répondre suffisamment aux arguments énoncés aux pages 12 et 13 par SCHIESSER, à savoir que la tutelle est un office qui repose sur un devoir du droit public; que l'administration légale repose, comme toute l'autorité parentale au sens large, sur la communauté naturelle des père et mère et des enfants; que l'administration légale est établie aussi bien dans l'intérêt des parents que de l'enfant. Cet argument nous paraît insoutenable. Il n'est pas question ici d'intérêts, mais de titularité exclusive. Que les père et mère aient le droit de s'opposer à toute mesure non justifiée qui s'opposerait à leur titularité unique ne signifie pas que leur intérêt (patrimonial) soit impliqué dans l'administration légale.

Chapitre III

L'application des règles de la tutelle à l'administration légale

Section 1 : Le maintien de la substance du patrimoine

Le devoir de maintenir la substance du patrimoine nous paraît résulter de l'art. 408 CC, qui s'applique au mineur soumis à l'autorité parentale, ainsi que nous le verrons, et qui prohibe les libéralités à ses dépens. Les art. 400 al. 1 et 404 al. 1 et 3 CC, si on les combine avec l'art. 408 CC, disposent que les biens d'un pupille ou d'un mineur ne peuvent être aliénés qu'en échange de leur prix. En d'autres termes, les biens d'un mineur ne peuvent quitter son patrimoine sans que leur contre-valeur y entre. D'où l'on peut déduire que l'important n'est donc pas la permanence de chacun des biens d'un patrimoine du mineur, mais la permanence de la valeur comptable de ce patrimoine (55). Pour reprendre une excellente formule de

(55) Dans le même sens, à propos de l'administration du mari, Knapp, n° 339: «maintenir la substance (des biens matrimoniaux), ce ... n'est néanmoins, pas maintenir indéfiniment les biens pris singulièrement». Sur la liberté des parents de dénaturer les biens du mineur: Bindschedler, p. 35 et 36; Trüb, p. 82; Frei, p. 80; Hegnauer, n. 40 ad 290 CC; Egger, n. 4 ad 290 CC; Silbernagel, n. 10 ad 292 CC; Schiesser, p. 9.

Pour la Direction de la justice du canton de Berne, la libre administration des biens du mineur implique la faculté de les dénaturer (ZBGR 14 n° 19 p. 89 ch. 2; idem, n° 20 p. 90 ch. 2).

On peut tirer la même conclusion de l'affirmation de Spitzer (RDT 1955 p. 6) qui, sous ce rapport, rapproche le patrimoine du mineur des apports de la femme.

Telle est également l'opinion de Hegnauer (n. 67, 80 ad 290 CC, et 31 ad 300 CC). Cet auteur remarque cependant qu'en règle générale il n'est pas possible d'aliéner à des tiers ou de leur céder l'usage d'objets personnels du mineur ou qui ont pour lui une valeur d'affection (n. 80 ad 290 CC). Pour nous, ce n'est possible que dans les limites de l'art. 400 al. 1 CC.

Nous n'admettons cependant pas la formule par trop restrictive d'Hegnauer (n. 81 ad 290 CC) pour qui les biens du mineur ne peuvent être aliénés que si, de bonne foi, l'opération apparaît compatible avec l'intérêt de l'enfant. En effet, c'est l'application analogique des art. 400 et 404 CC qui fait règle.

Knapp parlant des devoirs du mari administrateur, le titulaire de l'autorité parentale doit s'abstenir de tout fait ou de tout acte de disposition qui amoindrirait sans contre-valeur certaine ou du moins probable les biens de l'enfant (56). En un mot, le but de l'administration légale est la restitution de la valeur comptable du patrimoine en fin d'administration, relativement à tous les biens qui y sont entrés (56*bis*).

Si les parents ne sont pas tenus de conserver dans le patrimoine du mineur tous les éléments qui y figurent (et de fait on concevrait

(56) KNAPP, n° 339.

Pour SCHIESSER (RDT 1946, p. 45/46) le maintien de la substance du patrimoine est l'obligation essentielle du détenteur de l'autorité parentale. Elle prohibe toute opération spéculative (visant à un accroissement important du patrimoine obtenu au prix de risques élevés). D'où le principe de la répartition des risques entre les éléments du patrimoine, de manière que la réalisation d'un risque ne l'affecte pas en son entier.

Dans sa thèse, SCHIESSER (p. 107 et 130) insiste aussi sur le devoir de maintenir la substance du patrimoine du mineur; à lire le passage, on ne comprend pas très bien s'il entend dénier au détenteur de l'autorité parentale le droit de dénaturer les biens du mineur.

Pour BAUMANN aussi (RDT 1948 p. 51), le maintien de la substance du patrimoine est le but de l'administration des père et mère.

SPITZER (RDT 1955 p. 10) rappelle que «biens du mineur ne doivent ni croître ni décroître», dicton juridique qui s'applique également aux apports de la femme.

Selon LINK (RDT 1965 p. 7), le détenteur de l'autorité parentale n'administre le patrimoine du mineur conformément à ses devoirs que s'il s'efforce de conserver durablement la substance et le revenu des biens jusqu'au moment où l'enfant reprendra lui-même l'administration.

Pour le Tribunal fédéral (TF, 2e Section civile, 7 octobre 1926, SCHAECHTELIN, RO 52 II, n° 51 cons. 2 p. 321), le tuteur «doit, sans doute, leur (les biens du pupille, réd.) faire produire tout ce qu'ils peuvent rendre, mais sa mission est essentiellement de conserver la substance du patrimoine qui lui a été confié et d'écarter, dans la mesure du possible, les risques de dépréciation et de diminution». Ces considérations s'appliquent trait pour trait à la mission des père et mère.

SIMEN (p. 39) relève que le détenteur de l'autorité parentale peut disposer de la substance du patrimoine, la modifier et modifier aussi sa destination économique, pouvoir de disposition qui appartient au détenteur de l'autorité parentale comme la suite naturelle de son devoir d'administrer - et non comme une faculté de sa jouissance légale.

HEGNAUER remarque aussi (n. 40 ad 290 CC) que les parents ont le droit de modifier la substance du patrimoine du mineur.

CURTI-FORRER (n. 5 ad 300 CC) ne paraît pas admettre ce point de vue, puisqu'il applique sans nuance aux parents le principe qu'en règle générale l'administrateur d'une fortune n'a pas la latitude d'aliéner les biens qui forment le capital de cette fortune.

(56*bis*) Selon HEGNAUER (n. 77 ad 290 CC) les père et mère ont le devoir d'accroître le patrimoine du mineur, dans la mesure où cela est compatible avec une gestion ordonnée et l'obligation de répartir raisonnablement les risques. HEGNAUER va plus loin que nous. Pour nous, les père et mère, s'ils ont le devoir de profiter de la conjoncture, n'ont pas celui d'accroître en dehors de ce cas la valeur comptable de ce patrimoine.

mal qu'ils ne le puissent pas alors qu'en principe le tuteur doit dénaturer le patrimoine), il reste que par analogie avec celui-ci ils sont tenus d'observer, selon leur appréciation raisonnable, les règles suivantes: les titres, objets de prix, documents importants et autres choses semblables (art. 399 CC) ne doivent pas être aliénés, puisque l'art. 400 al. 1 CC ne vise pas cette espèce de meubles. Quant aux objets qui ont une valeur d'affection pour la famille du mineur ou pour ce dernier, ils ne sont vendus que dans le cas de nécessité absolue (art. 400 al. 1 CC) (56*ter*). Enfin, les autres meubles ne sont vendus que si l'intérêt du mineur l'exige, c'est-à-dire dès lors que l'intérêt économique à leur aliénation est prépondérant (art. 400 al. 1 CC) (57). Il en est de même pour les immeubles (art. 404 al. 1 CC), étant entendu que les meubles doivent être vendus d'abord, comme des éléments moins importants, par leur nature et leur valeur, du patrimoine de l'enfant, éléments qui ne prennent pas à la longue une plus-value appréciable (58). Le terme de vente doit s'entendre de tout mode d'aliénation en échange de la contre-valeur de la chose. C'est ainsi qu'on peut songer à l'échange ou à la *datio in solutum* en vue de l'extinction d'une dette. A ce propos, il convient d'observer que la vente aux enchères publiques est le mode naturel d'aliénation des immeubles (art. 404 al. 2 CC). La loi le considère comme plus sûr, d'une part parce que cette manière de vendre est présumée rapporter davantage (59), d'autre part parce que son succès dépend moins des talents du représentant légal à conduire des pourparlers et le met à l'abri des manœuvres de sa partie, dont en définitive le mineur seul souffrirait. C'est dire que, sauf motif de poids et autant que le mineur n'y perd rien, les père et mère seront bien inspirés de faire une vente aux enchères publiques et même de la demander lorsqu'elle est ouverte, pour liquider une indivision ou une copropriété (cf. art. 612 al. 3, 625*bis*, 651 al. 2, 654 al. 2 CC) (60).

Quant aux biens qu'ils conservent dans le patrimoine du mineur, les père et mère ont le devoir de les entretenir, sur les

(56*ter*) Dans ce sens, HEGNAUER (n. 80 ad 290 CC).

(57) Il est bien évident que pour décider si l'on vend les meubles ou non, il y a lieu d'examiner dans quelle mesure ces meubles sont nécessaires à l'éducation du mineur.

(58) JENNY (RDT 1959 p. 135) remarque que le législateur a donné la préférence à la conservation des immeubles du pupille (et par conséquent du mineur) dans son patrimoine; il se fonde sur l'art. 404 CC.

(59) La vente aux enchères est censée garantir une libre formation du prix et aboutir à un prix qui corresponde mieux à la valeur vénale, notamment des immeubles. Ainsi EGGER, n. 6 ad 404 CC.

(60) KAUFMANN (n. 10 in fine ad 400 CC) assimile les enchères privées à une vente de gré à gré.

revenus des biens du mineur et, le cas échéant, sur son capital. Cela résulte à notre sens de l'art. 319 CC rapproché de l'art. 401 CC. Selon l'art. 319 al. 1 CC en effet, compte non tenu de la contribution équitable aux frais du ménage, dont nous parlerons après, les revenus du mineur servent à son entretien, à son éducation, à sa formation, le surplus, selon l'art. 319 al. 2 CC, passant dans les biens de l'enfant. Dans la mesure où le texte paraît dire que le titulaire de l'autorité parentale doit capitaliser les revenus non affectés aux nécessités qu'il cite, le sens nous paraît un peu court. Il nous semble en effet qu'en dehors des besoins personnels de l'enfant, il y a les nécessités de son patrimoine. Rapproché de l'art. 401 CC, qui astreint le tuteur à placer les fonds dont il n'a pas l'emploi pour son pupille, l'art. 319 CC s'explique mieux, dans la mesure où la première disposition s'entend sous réserve de l'art. 413 al. 1 CC, c'est-à-dire des nécessités auxquelles doit pourvoir l'administrateur diligent. A cet égard, il ne fait aucun doute que les devoirs de celui-ci comportent l'entretien des biens du pupille, et au premier chef l'entretien ordinaire. Même l'entretien extraordinaire, soit le remplacement de biens perdus ou considérablement dépréciés, est un emploi spécial, qui, s'il est nécessité par l'administration diligente, peut autoriser le tuteur à faire des prélèvements, soit des dépenses non productives, sur les capitaux du pupille. Dans ce cas, les besoins du pupille peuvent s'entendre, à l'art. 401 CC, dans un sens large, comprenant à la fois les besoins personnels — soit l'équivalent de ceux que vise l'art. 319 al. 1 CC — et les nécessités de l'entretien, ordinaire ou extraordinaire, des biens du pupille — soit un emploi spécial des fonds, autorisé implicitement par l'art. 401 CC, dont l'équivalent à notre sens doit être admis en matière d'administration des père et mère quand bien même l'art. 319 CC n'en fait pas mention. Ce n'est qu'après la satisfaction de ces nécessités que le devoir de placement commence. Dès le moment où, touchant les revenus de l'enfant sous l'autorité parentale, l'art. 319 CC oppose d'une part l'emploi pour les besoins du mineur à son premier alinéa et le devoir de placement à son second, il s'articule exactement comme l'art. 401 CC — lequel dispose non seulement pour les revenus, mais aussi pour les capitaux. A cette différence près, c'est la même opposition dont il s'agit. Si dès lors l'art. 401 CC ouvre au tuteur la possibilité d'affecter les fonds du mineur à l'entretien de son patrimoine — à quoi l'astreint pour sa part l'art. 413 al. 1 CC —, nous pouvons admettre que l'art. 319 CC ouvre, par analogie, au titulaire de l'autorité parentale le droit d'affecter les revenus du mineur à l'entretien de son patrimoine, à tout le moins à l'entretien ordinaire, avant que d'en faire le placement visé par l'art. 319 al. 2 CC — rapproché de

l'art. 401 CC. Des dépenses de l'administration extraordinaire nous paraissent autorisées pour le titulaire de l'autorité parentale exactement comme elles le sont pour le tuteur par le rapprochement des art. 401 al. 1 et 413 al. 1 CC. Au surplus, le devoir d'entretien des père et mère est de toute manière fondé sur l'obligation de restituer en fin d'administration (art. 326 et 327 al. 1 CC).

Il est logique d'en déduire qu'au titre de leur obligation d'entretien, les père et mère doivent conserver la substance de la chose (cf. art. 764 al. 1 CC) (61). Les parents ne peuvent donc affecter le patrimoine du mineur de modifications de nature à le déprécier et qui seraient permanentes, c'est-à-dire qui perdureraient après que leur administration aurait cessé (62), ni permettre aux tiers de le faire; si cela a lieu, ils doivent pourvoir à la reconstitution de cette substance.

Le concept de l'exploitation rationnelle, employé par l'art. 770 CC, mais qui nous paraît plus généralement applicable ici en tant qu'il définit un devoir des parents administrateurs, nous amène à penser, comme Knapp à propos de l'administration du mari (63), que les père et mère sont tenus d'adapter ou d'améliorer, s'il y a lieu, les objets du patrimoine en vue, non seulement de leur conservation matérielle, mais aussi de la permanence des services qu'ils sont destinés à rendre et qu'ils peuvent rendre, lorsque l'absence de cette adaptation ou de cette amélioration serait de nature à déprécier la chose. Le tout, sous réserve de l'usure normale, qui n'est pas à leur charge. Mais à la fin proposée ici, ils peuvent aller à notre avis jusqu'à détruire la chose si elle risque de porter dommage au reste du patrimoine d'une manière quelconque (destruction d'un immeuble qui menace ruine, par exemple) (64).

En toute hypothèse, la perte et la dépréciation non imputables aux père et mère ne les astreignent pas à remplacement, car elles fussent survenues même dans le cas où le patrimoine n'eût pas été géré par eux. Or, en étendant le devoir d'entretien des parents jusqu'à remplacer la chose en cette hypothèse, on les force à enrichir le mineur du dommage qui lui est épargné par un fait qu'il eût normalement supporté comme titulaire indépendant d'un patrimoine. Mais les père et mère, s'ils ont l'obligation de maintenir la substance du patrimoine du mineur, n'ont pas, *a contrario*, celle de procurer aux

(61) Sur le devoir de conserver sans perte ni dépréciation les biens non dénaturés: TRÜB, p. 134; BINDSCHEDLER, p. 35; HEGNAUER, n. 67 ad 290 CC.

(62) C'est leur définition même. Cf. les exemples donnés par LEEMANN, n. 3 et 6 ad 769 CC.

(63) KNAPP, n° 342.

(64) Même renvoi qu'à la note 63.

biens du mineur une plus-value imputable à leur seule activité, indépendamment de la conjoncture.

Le devoir dont nous parlons oblige les père et mère, selon nous, à courir le risque de perte et de dépréciation, c'est-à-dire à assurer les objets du patrimoine. S'ils sont en effet, dans certains cas, tenus de réparer, on peut exiger d'eux qu'ils couvrent un risque qu'en définitive ils auraient à supporter. Même, au-delà, le devoir d'entretien les soumet à couvrir le mineur de tout risque de perte. Nous pensons même qu'ils sont tenus non seulement d'assurer les éléments du patrimoine contre le risque de perte ou de dépréciation, mais aussi d'assurer en général contre toute diminution, dans la mesure où cette assurance est possible. Ainsi, s'ils ne sont pas tenus des dettes de l'enfant qui procèdent d'une responsabilité légale (vg 679 et 684 CC, 55 à 58 CO, 58 et ss LCR), ils sont tenus de l'assurer contre la diminution de son patrimoine qui surviendrait du chef de cette responsabilité (65).

Section 2: La sûreté du patrimoine

Le devoir de maintenir la substance du patrimoine emporte celui d'en assurer la sûreté (art. 399, 400 al. 1, 402 al. 1 CC) (66). Cela peut s'entendre en deux sens. Sûreté matérielle d'abord, dans

(65) Pour SCHIESSER, au contraire (RDT 1946 p. 47), l'art. 767 CC s'applique dans les limites de l'usage local. En matière de devoirs nés de l'autorité parentale, à notre avis, celui-ci ne saurait faire règle.

Etendant l'obligation d'assurance à tout risque de diminution de la valeur du patrimoine, nous le faisons non pas seulement au risque de perte ou de dépréciation d'un objet déterminé, comme semble le faire HEGNAUER (cf. n. 68 ad 290 CC), mais à tout événement de nature à diminuer l'actif du mineur ou à augmenter son passif.

D'une manière générale (HEGNAUER, n. 70 ad 290 CC), les père et mère doivent, pour conserver le patrimoine du mineur, assurer sa défense juridique contre les tiers.

(66) Les auteurs les plus portés à souligner la liberté des père et mère par opposition au tuteur soulignent que le placement en titres spéculatifs appelle l'intervention des autorités de tutelle. Cf. BINDSCHEDLER, p. 36; HEGNAUER, n. 69 ad 290 CC et 75 ad 297 CC; EGGER, n. 9 in fine ad 297 CC; MAIER, p. 60.

En particulier, ainsi que le remarque SCHIESSER (p. 131), le détenteur de l'autorité parentale doit s'inspirer dans ses placements du principe de la répartition des risques, qui tend à compenser par la sécurité accrue de certains placements le caractère quelque peu aléatoire qu'en comportait d'autres.

Pour EGGER (n. 4 ad 290 CC), les père et mère ne sont pas tenus de conserver des éléments du patrimoine du mineur dans une *vormundschaftliche Verwahrung*. C'est certain, dans la mesure où l'art. 399 CC s'applique au détenteur de l'autorité parentale sans référence aucune au contrôle de l'autorité tutélaire. C'est faux dans la mesure où l'on prétendrait par là que la sûreté à assurer aux titres et objets de prix

la mesure où la gestion prudente doit tendre à conserver les objets de prix, dont la perte, le vol ou la détérioration constituent un dommage évident; conserver en outre les moyens de preuve, notamment les titres, qui dans la vie pratique sont essentiels à l'exercice des droits que confère une créance. Ces objets doivent être mis à l'abri. Sûreté juridique, ensuite, à savoir celle que confère la certitude que l'obligation sera exécutée (67). En ce sens, la sûreté

devrait être d'un degré inférieur pour le mineur sous autorité parentale que pour le mineur sous tutelle. On se demanderait bien pourquoi.

SILBERNAGEL (n. 14 ad 290 CC) relève que si les père et mère ne sont pas tenus de faire des placements pupillaires, il n'en est pas moins vrai cependant que le placement doit être tel que le patrimoine du mineur n'encoure aucun danger sérieux. Pour HEGNAUER (n. 34 ad 290 CC), le détenteur de l'autorité parentale n'est pas tenu de déposer les objets visés à l'art. 399 CC en lieu sûr. Nous ne sommes pas entièrement de cet avis. Qu'il n'ait pas à le faire en vue d'assurer le contrôle de l'autorité tutélaire résulte de ce qu'il n'est pas précisément soumis à ce contrôle. Cependant, comme il n'y a aucune raison d'accorder aux biens du mineur sous autorité parentale une sûreté moindre qu'à ceux du mineur sous tutelle, il y a lieu d'admettre que le «lieu sûr» de l'art. 399 CC est celui qu'indique la législation cantonale d'exécution de l'art. 399 CC pour les valeurs pupillaires, ou un lieu d'une sûreté équivalente. Ce dernier point est laissé à l'appréciation des parents, qui ne peuvent cependant user d'arbitraire en ce cas. Dans ce sens, HEGNAUER (n. 36 ad 290 CC).

Ainsi, les père et mère (HEGNAUER, n. 45 ad 290 CC) doivent-ils individualiser les titres au porteur du mineur par annotation du titre ou relevé de son numéro dans un inventaire, de sorte qu'ils seront conservés dans le patrimoine du mineur de manière apparente. Selon SCHIESSER (p. 130), les père et mère manquent à leur devoir si, par exemple, ils font des placements spéculatifs, c'est-à-dire des placements où le rendement l'emporte considérablement sur la sûreté.

HEGNAUER (n. 68 ad 290 CC), beaucoup plus fermement qu'EGGER (n. 4 ad 290 CC), admet que les père et mère sont tenus de mettre en sûreté des titres et objets de prix et il se réfère à l'art. 399 CC. Cet auteur (n. 68/69 ad 290 CC), tout en relevant que l'art. 399 CC s'applique par analogie au titulaire de l'autorité parentale, ajoute que les père et mère ne sont pas tenus à un placement pupillaire. C'est exact, dans la mesure où ils assurent aux biens du mineur une sûreté équivalente. Ils peuvent, dit HEGNAUER à juste titre, obéir à la règle d'une répartition des risques raisonnable, en excluant toute spéculation. Vu l'art. 272 CC, il y a lieu également de tenir compte de l'intérêt du mineur et de la famille, lorsqu'il y a par exemple une entreprise familiale ou une majorité à conserver au sein d'une société par actions.

Tout dépend, comme HEFTI le fait justement remarquer (p. 171), de la solvabilité du débiteur et des sûretés offertes par lui. Est solvable, selon lui (p. 172), le débiteur dont on peut s'attendre à ce qu'il paiera régulièrement les intérêts et qu'il remboursera le capital à échéance.

(67) Selon JENNY (RDT 1959 p. 123), la sûreté «pupillaire» (celle dont nous parlons ici) est celle qui assure aux capitaux placés, simultanément, la productivité et l'intégrité des fonds placés. Il ajoute qu'on ne doit pas confondre le placement pupillaire avec un placement qui met à l'abri de toute perte, puisqu'aucun placement à intérêt ne peut mettre à l'abri de la dévaluation de l'argent résultant du renchérissement durable du coût de la vie. Ce qui l'amène à opposer la sûreté nominale et la sûreté matérielle. La première existe si l'argent placé produit certainement intérêt et si, à l'échéance, un capital de montant nominalement égal est payé, sans qu'il y ait lieu d'examiner si ce capital a le même pouvoir d'achat que celui qui a été investi.

dépend de la solvabilité du débiteur au premier chef et des garanties qu'il offre, personnelles ou réelles. C'est ainsi que la prudence commande de se débarrasser des créances aléatoires ou, ce qui revient au même, des titres spéculatifs (68) et des créances qui, quand on a un débiteur dont la solvabilité est par quelque côté

En revanche, il y a sûreté matérielle quand le pouvoir d'achat du placement se maintient au même niveau malgré la dépréciation de l'argent qui peut survenir. Il suffit, pour JENNY, que les placements «pupillaires» aient la sûreté nominale. C'est également notre avis, dès lors que le mineur ne peut exiger des administrateurs légaux qu'ils aient plus d'influence que lui sur la valeur de l'argent et que l'influence de celle-ci sur le pouvoir d'achat du capital géré peut difficilement être prévenue même par la gestion la plus diligente. En outre, JENNY fournit les critères suivants pour l'appréciation de la sûreté d'un placement (RDT 1959 p. 128 à 136):

— la qualité du débiteur, c'est-à-dire la solvabilité à long terme de celui-ci est sa volonté durable de s'acquitter des obligations pécuniaires;

— la nationalité du débiteur, de manière à épargner au mineur le risque des pertes sur le change; ainsi JENNY considère-t-il que les placements faits pour des mineurs domiciliés en Suisse devront se limiter à des valeurs suisses;

— la forme du placement; JENNY considère, en effet, que pour des motifs tirés de la sécurité des transactions, mieux valent des placements sous forme de papiers-valeurs ou de livrets d'épargne;

— la durée du placement, dès lors qu'une bonne gestion doit prévoir le moment où, selon toute vraisemblance, le mineur aura besoin de liquidités et qu'en conséquence il y a lieu de répartir ces capitaux en placements à court, à moyen ou à long terme; JENNY semble préférer (RDT 1959 p. 131) les placements à moyen terme, qui d'une part permettent d'assurer des liquidités au mineur à l'époque où vraisemblablement il peut en avoir besoin, d'autre part lui permettent de faire fructifier son bien assez longtemps pour que, par suite d'un remboursement à trop courte échéance, il ne se trouve pas dans le cas de placer ces fonds à une époque relativement défavorable;

— la répartition des risques sur l'ensemble du patrimoine. Ce critère traduit ce principe que le mineur ne doit pas souffrir dans sa condition personnelle et matérielle de la perte totale de placements moins sûrs, mais plus rémunérateurs (JENNY, RDT 1959 p. 133). Il en résulte que plus le patrimoine du mineur est considérable, plus le titulaire de la gestion, même prudent, pourra s'aventurer à faire des placements moins sûrs. Inversement, lorsque le patrimoine du mineur est modeste, il y a lieu d'assurer tout d'abord sa sécurité qui, en pareille hypothèse, l'emporte nettement sur la productivité. Pour le surplus, nous nous permettons de renvoyer à ce remarquable exposé.

(68) Le Préfet II de Berne (autorité de surveillance du premier degré) est allé même jusqu'à considérer que des actions cotées en bourse ne sont pas des placements pupillaires sûrs et, en conséquence, ne peuvent être acquises pendant la durée de la tutelle; s'il en existe lors de l'institution de celle-ci, elles doivent être converties en d'autres valeurs (il est vrai qu'il y en avait, *in casu*, 60880 francs pour une fortune totale de 136.257,10 francs): RDT 1968 n° 53 p. 148.

SCHIESSER (p. 131) prétend faire une distinction entre les titres spéculatifs où le souci de rentabilité l'emporte sur celui de sécurité, qui selon lui sont autorisés dans la mesure où ils sont dans un rapport adéquat à l'ensemble du patrimoine, des affaires spéculatives proprement dites, qui ne sont que des paris sur la baisse ou la hausse de valeurs boursières. Selon nous, l'une et l'autre espèces de placements sont également prohibées.

incertaine, ne seront pas garanties par des sûretés personnelles ou réelles en fonction précisément de cette incertitude. De pareilles créances doivent être converties en placements sûrs, c'est-à-dire en créances pour lesquelles la solvabilité du débiteur exclut pratiquement les risques (69). Telles sont les valeurs pupillaires dont l'arrêté du 8 mars 1968 sur l'administration des tutelles et curatelles donne, à l'art. 4, pour le Canton de Vaud, une liste à laquelle on peut se référer (70). C'est un autre devoir du même genre que d'assurer la

(69) JENNY (RDT 1959 p. 128) tire à juste titre de l'art. 402 CC que le représentant légal devra soumettre les créances douteuses, avant leur conversion, à une surveillance permanente, tant en ce qui concerne la sécurité que le rendement. Encore l'art. 402 al. 2 CC est-il applicable aux parents, en ce sens que la conversion doit être faite en temps opportun et de manière à sauvegarder les intérêts du mineur (c'est l'opinion de SCHIESSER, p. 131).

(70) Voici l'article en question:

«Le tuteur ou curateur doit placer sans délai les espèces dont il n'a pas l'emploi immédiat en valeurs pupillaires, soit:

a) en livrets d'épargne nominatifs de la Caisse d'Epargne Cantonale Vaudoise;
b) en livrets d'épargne nominatifs d'autres établissements autorisés à accepter des dépôts de ce genre par la Commission fédérale des banques, à condition que le montant du dépôt n'excède pas 5000 francs par établissement;
c) en livrets de dépôts nominatifs de la Banque Cantonale Vaudoise;
d) en obligations et bons de caisse du Crédit Foncier Vaudois et de la Banque Cantonale Vaudoise;
e) en obligations de l'Etat de Vaud et en obligations garanties par celui-ci;
f) en obligations et bons de caisse de la Confédération suisse et des Chemins de fer fédéraux;
g) en obligations de cantons suisses;
h) en obligations de communes vaudoises;
i) en cédules et obligations hypothécaires grevant au premier rang des immeubles situés dans le canton de Vaud et qui ne sont pas affectés à un but industriel (fabriques, hôtels, etc.); dans ce cas, la somme garantie par hypothèque en premier rang ne doit pas dépasser le 60% de l'estimation fiscale;
j) en lettres de gage émises par des centrales instituées par la loi fédérale du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage.

La justice de paix peut autoriser le tuteur ou curateur, après avoir demandé une expertise au Crédit Foncier Vaudois, à faire des placements sur des immeubles non affectés à un but industriel, à condition que la garantie hypothécaire de ces placements ne dépasse pas le 70% de la valeur fixée par l'expert.

Lorsque les circonstances le justifient, les espèces peuvent être déposées provisoirement en compte courant, en compte d'épargne ou en compte de dépôt dans l'un des établissements mentionnés à l'article 5, pour être placées dans le délai d'un mois en valeurs pupillaires.»

Les banques mentionnées à l'art. 5 sont les suivantes:

«Banque Cantonale Vaudoise, Crédit Foncier Vaudois, Banque Nationale Suisse, Société de Banque Suisse, Union de Banques Suisses, Crédit Suisse, Banque Populaire Suisse, Union Vaudoise du Crédit, Caisse d'Epargne et de Crédit, Crédit Yverdonnois, Banque Populaire de la Broye, Banque et Caisse d'Epargne du Pays-d'Enhaut ou Crédit Mutuel de la Vallée.»

preuve des droits des mineurs, et c'est pourquoi nous pensons volontiers que les titres qui leur appartiennent devraient systématiquement être nominatifs. Convertir en de tels titres ceux qui sont au porteur est un devoir des parents. Il va sans dire que ces devoirs ne s'imposent pas aux père et mère comme au tuteur (71). Les parents apprécient souverainement leurs obligations, mais pour s'écarter de ces règles d'une bonne gestion, qui ont, rappelons-le, le caractère de moyens propres à garantir l'intérêt de l'enfant, il faut des motifs sérieux.

On trouvera également dans JENNY (RDT 1959 p. 124 à 128) un état des dispositions cantonales prises en vue d'assurer l'application des art. 399 à 404 CC, notamment sur le rapport de la sûreté et de la productivité. JENNY lui-même énumère, d'une manière générale et indépendamment de tout texte légal, des valeurs qu'il considère comme pupillaires (loc. cit. p. 129 à 136). Il s'agit d'obligations de la Confédération, des CFF, des cantons, des communes, de banques jouissant d'une garantie cantonale ou communale; d'obligations émises par les sociétés d'économie mixte; d'obligations de banques et de groupes de banques soumises à la loi fédérale sur les banques, mais dans la mesure de la garantie offerte par les art. 15 et 16 de cette loi pour les livrets d'épargne; de papiers-valeurs, notamment de cédules hypothécaires et de lettres de rente de premier rang; d'investissements en immeubles, notamment lorsque l'acquisition se justifie par des motifs personnels au pupille (exemple de l'immeuble où se trouve une entreprise que le mineur veut et peut exercer) ou pour des motifs purement patrimoniaux, lorsque la fortune du pupille est assez importante pour permettre une répartition des risques tels qu'il n'y ait pas à redouter le faible rendement des immeubles et des valeurs immobilières. Il exclut, en principe, les actions et obligations des entreprises industrielles et commerciales, attendu, pour les grandes entreprises, leur sensibilité à la conjoncture lorsqu'elles sont cotées en bourse, et la difficulté de s'en défaire (pour ce qui concerne les actions) lorsqu'elles ne le sont pas. Au surplus, la valeur des actions et obligations dépendant de la bonne gestion de l'entreprise, le représentant légal peut se trouver dans le cas de n'être pas en mesure d'obtenir les renseignements nécessaires à cet égard.

Cf. en outre, sur la notion de placement, l'arrêt publié au RO 70 II n° 13, cons. 3 p. 82.

(71) Ainsi le Conseil d'Etat du canton de Lucerne, in RDT 1962 n° 24 p. 90.

Selon SPITZER (RDT 1955 p. 9), la Direction de la justice du canton de Zurich a décidé qu'il n'existe pas d'obligation pour les père et mère détenteurs de l'autorité parentale et de l'administration légale de placer les fonds du mineur en valeurs pupillaires. C'est tout à fait notre opinion. Les parents demeurent libres du placement, sous réserve de ne pas faire des placements spéculatifs. Spitzer s'oppose à cette conception, mais ne donne pas d'argument sérieux qui renverse ce point de vue. Il se borne à relever que l'exigence de placement pupillaire est dans l'intérêt de l'enfant. Pour lui, la protection du patrimoine de l'enfant devrait entraîner des contrôles plus fréquents et plus intensifs, le dépôt des valeurs et la nécessité plus étendue de ratification des actes juridiques des père et mère.

Section 3: La productivité du patrimoine

Les père et mère, à l'instar du tuteur, ont le devoir de placer à intérêt l'argent comptant du mineur dans un établissement financier ou en titres sûrs (art. 401 al. 1 CC) (72). C'est dire qu'ils ont le devoir de faire un emploi productif des valeurs patrimoniales de l'enfant, ce qui est la définition même du placement, notion économique et non juridique (73). L'emploi au sens de l'art. 401 al. 1 CC se résout en définitive dans l'affectation des capitaux à des opéra-

(72) Selon JENNY, c'est un devoir général pour tout bon père de famille et tout bon administrateur de placer à intérêt les fonds dont il n'a pas l'emploi immédiat; il ajoute que les art. 401 et 402 CC ne font que préciser ce principe tout général pour le cas de la tutelle (RDT 1959 p. 122). Ce devoir s'exécute par le placement de l'argent comptant dans un établissement financier et par le placement en titres. Cet auteur ne manque pas de préciser cependant que la sûreté du placement l'emporte sur sa productivité (RDT 1959 p. 134). Selon SCHIESSER (p. 130), les père et mère ne sont liés d'aucune manière aux principes posés par les autorités de tutelle en application de l'art. 401 CC, touchant le placement de l'argent comptant des mineurs, et relatif aux valeurs pupillaires, dès lors qu'entre la sûreté qui doit être garantie au placement des pupilles et la spéculation, il y a une très grande marge. Selon nous, il est évident que le détenteur de l'autorité parentale n'est pas tenu par tout ce qui, dans l'art. 401 CC, implique sa subordination aux autorités de tutelle. Dès lors, il n'est pas davantage tenu au catalogue de valeurs pupillaires établies par les autorités cantonales en application de cet article. Il est certain cependant que les placements auxquels les père et mère ont toute faculté de procéder doivent assurer aux capitaux du mineur la même sécurité que tendent à offrir les placements pupillaires. Les père et mère n'ont évidemment pas à placer les capitaux du mineur conformément aux instructions, générales ou particulières, des autorités de tutelle. Mais ils sont tenus de placer à intérêt et c'est dans ce sens qu'il faut comprendre la remarque d'EGGER qu'aucun placement déterminé ne leur est prescrit (n. 4 ad 290 CC).

(73) Ainsi que le dit le Tribunal fédéral (TF, 2e Cour civile, 30 mars 1944 SIMONIUS RO 70 II n° 13 cons. 3 p. 82).

Le devoir de productivité est aussi affirmé par BINDSCHEDLER (p. 36).

L'argent dont le tuteur n'a pas l'emploi pour le pupille s'entend non seulement de celui qui n'est pas destiné aux besoins personnels de ce dernier, mais aussi de celui qui est affecté à des opérations spéciales. Cf. — peu large dans la notion — KAUFMANN, n. 11 et 12 ad 401 CC et — plus large — EGGER, n. 18 ad 401 CC.

Sur l'obligation des père et mère d'assurer aux biens de l'enfant un rendement normal, cf. HEGNAUER, n. 77 ad 290 CC; BINDSCHEDLER, p. 36; SIMEN, p. 52.

On lira avec profit le commentaire d'arrêt publié in RDT 1970 n° 38 p. 155, qui fait - selon nous à juste titre — remarquer que l'administration tutélaire n'a pas pour but de procurer au pupille les revenus les plus élevés possibles, mais d'assurer son bien-être et de le mettre autant que possible à l'abri des coups du sort. La question était aiguë dans le cas d'espèce, car l'intéressé, placé sous conseil légal de gestion (art. 395 al. 2 CC), avait le droit de disposer librement de ses revenus. Par analogie, les parents doivent, non pas faire suer au capital du mineur les revenus les plus élevés possibles, mais lui assurer une éducation conforme à ses aptitudes et à sa condition, en mettant à l'abri le cours de cette éducation, d'être compromise, par l'absence de moyens financiers. Tel est le fondement ultime du devoir de productivité.

tions économiques déterminées, dont les art. 421 et 422 CC donnent des exemples: achats, constructions, prêts, locations, prises de participation dans un commerce ou dans une industrie, par exemple. Ce devoir de productivité va plus loin que la lettre de la loi. Dans tous les cas, l'opération doit être un placement, c'est-à-dire produire un revenu, celui-ci ne pouvant être inférieur au loyer de l'argent tel que le détermine la conjoncture. Ainsi les père et mère ne pourraient-ils prêter à 3%, sous forme d'affectation spéciale, de l'argent qu'ils pourraient placer au sens de l'art. 401 al. 1 CC à 4%. En outre, tout capital qui est de soi productif de revenus, c'est-à-dire de fruits naturels ou civils, doit porter ces derniers, autant qu'il en est susceptible par l'effet d'une gestion raisonnable (74). C'est ainsi que les parents ne sauraient laisser sans la louer une maison propre à l'usage d'habitation, de commerce ou d'industrie qui ferait partie du patrimoine de leur enfant. Toute entreprise industrielle, commerciale ou autre (art. 403 CC) doit, par la gestion directe des père et mère ou à l'aide d'auxiliaires, atteindre le rendement que l'on peut attendre d'elle. Ce qui est décisif pour l'autorité tutélaire, c'est la solidité et la rentabilité de l'entreprise. Tel est également le critère qui doit conduire l'appréciation des parents (75). Enfin, tout élément non productif du patrimoine doit

(74) Pour ce qui concerne particulièrement les forêts (et d'ailleurs tout élément du patrimoine du mineur productif de fruits naturels), un plan d'aménagement conforme aux données de la science forestière (et de toute science ou art qui se rapporte à la productivité d'un des éléments du patrimoine du mineur dont nous parlons) doit être dressé en vue d'une productivité ordonnée. En définitive, l'art. 770 al. 2 CC, en tant qu'il parle du plan d'aménagement, et non dans un cas particulier, établit une règle générale pour n'importe quel élément du patrimoine du mineur susceptible de rapporter des fruits naturels (cf. TRÜB p. 84).

(75) Pour FURRER (RDT 1948 p. 63), au décès du détenteur de l'autorité parentale (dans l'hypothèse de l'art. 291 ancien CC — réd.), le bien des enfants doit être laissé dans l'entreprise comme prêt, éventuellement comme commandite. La responsabilité illimitée du mineur doit être exclue. Il nous paraît nécessaire de faire la nuance que voici — dans l'hypothèse où sa participation à une société commerciale emporte la responsabilité du mineur sur tous ses biens pour toutes les dettes de la société —. 1° Il hérite d'une telle participation. Il faut alors distinguer selon qu'il est associé avec le détenteur de l'autorité parentale seul ou avec ce dernier et un tiers, ou avec un tiers seul. 1.1. S'il hérite avec le détenteur de l'autorité parentale seul, il faut s'arrêter aux moments suivants: 1.1.1. L'acceptation de la succession est à notre avis soumise à l'art. 306 CC, puisque l'acceptation de la succession crée — pour ce qui concerne la société — une responsabilité du mineur au profit du détenteur de l'autorité parentale. Cette responsabilité, qui équivaut à une intercession, et s'analyse en un engagement solidaire, est licite au regard des art. 306 et 408 CC combinés, mais suppose l'intervention d'un curateur et des autorités de tutelle; 1.1.2. La décision sur la continuation ou la liquidation du commerce ne relève que du détenteur de l'autorité parentale, puisqu'elle ne crée aucune responsabilité nouvelle; 1.1.3. L'exécution d'une liquidation éventuelle suppose partage et nécessité de l'intervention d'un curateur au sens de l'art. 392 CC et des autorités de

être converti en élément productif. C'est dire que l'art. 401 al. 1 CC ne fait qu'énoncer une règle toute générale à propos d'un cas particulier.

tutelle. 1.2. S'il hérite d'une participation à une société en compagnie de tiers (avec le détenteur de l'autorité parentale), le chiffre 1.1.1. ci-dessus est applicable, mais il y a lieu nécessairement à la liquidation de la part du mineur, puisqu'il ne peut en vertu de l'art. 408 CC s'engager pour des tiers. En conséquence — et FURRER a raison partiellement — la participation du mineur doit être transformée en prêt en faveur du tiers, bien que le mineur puisse continuer à répondre indéfiniment pour le détenteur de l'autorité parentale; cette opération — acte de prêt et responsabilité éventuelle pour les parents — doit être faite avec l'assentiment des organes de tutelle prévus par la loi, puisque le détenteur de l'autorité parentale, associé avec le tiers, ne peut agir au nom du mineur, tenu qu'il est, comme associé, d'une obligation de diligence envers le tiers. 1.3. S'il hérite d'une participation dans une société où ne sont intéressés que les tiers, 1.3.1. le mineur acceptera la succession, représentée par le détenteur de l'autorité parentale, puisqu'il n'y a pas d'opposition d'intérêts; 1.3.2. La liquidation de la participation du mineur (art. 403 CC) doit être opérée à cause de l'art. 408 CC; 1.3.3. le détenteur de l'autorité parentale négocie le prêt sans aucune intervention des autorités de tutelle, pour la raison exprimée au chiffre 1.3.1. ci-dessus.

2° Un acte juridique crée une telle participation. Elle ne peut exister avec une responsabilité sans limite qu'en faveur des père et mère et avec le concours des organes de tutelle (art. 392 ch. 2 CC). Elle ne peut exister que sous forme de prêt en faveur de tiers et avec le concours des organes de tutelle si le détenteur de l'autorité parentale participe à la société.

En d'autres termes, sauf en faveur des parents, la participation du mineur ne peut être liquidée sous forme de commandite; elle doit l'être sous forme de prêt en faveur de tiers. Peu importe qu'on se trouve ou non dans le cas de l'art. 318 al. 2 CC.

Il faut évidemment réserver les cas où 1° les art. 296 et 414 CC s'appliquent à la participation. Là, le détenteur de l'autorité parentale n'administre pas, mais les biens libérés sont gérés par un curateur (art. 393 ch. 2 CC) ou par le mineur lui-même (art. 414 CC). L'art. 306 al. 2 CC ne s'applique pas, mais bien l'art. 408 CC; 2° l'art. 412 CC est applicable, l'enfant exerçant librement sa profession. Mais si l'autorisation d'exploiter une industrie entraîne la participation à des sociétés du type qui nous occupe, l'autorisation doit être donnée par un curateur (art. 306 CC) et les organes de tutelle (art. 422 CC), non par le détenteur de l'autorité parentale, empêché dans toute la mesure où il participe à cette société. On lira avec profit l'article de FURRER (RDT 1948 p. 59). Cet auteur a raison en principe lorsqu'il affirme qu'il est d'une prudente gestion de liquider la participation du mineur à une société commerciale où sa responsabilité personnelle est illimitée, en prêt ou en commandite (aux conditions ci-dessus, cela va sans dire).

Pour LECOULTRE (RDT 1964 p. 10 ch. II), un mineur peut être membre non seulement d'une société en commandite ou d'une société anonyme, mais aussi d'une société en nom collectif ou d'une société à responsabilité limitée (et de citer SIEGWART, n. 13 ad 552 CC; HARTMANN, n. 27 ad 552; GANGGEN et BECKER, n. 11 ad 772 CC; VON STEIGER, n. 4 ad 772 CC). LECOULTRE ajoute pourtant que l'entrée d'un mineur dans une société en nom collectif ne devrait être autorisée, vu la responsabilité illimitée, que s'il est proche de sa majorité et pleinement conscient des risques qu'il assume. Cela nous paraît erroné. La responsabilité illimitée du mineur ne lui est nullement interdite, dans la mesure où il intercède sous cette forme pour les père et mère exclusivement. Quant à la proximité de la majorité et à la conscience des risques, cela nous paraît sans pertinence, attendu l'art. 409 al. 2 CC, applicable au mineur sous autorité parentale. Selon cet auteur (RDT 1964 p. 11), une fois la société

L'art. 401 al. 2 CC, selon lequel le tuteur doit l'intérêt de toute somme d'argent qu'il a laissée improductive plus d'un mois, est-il applicable aux parents? Il n'en était rien sous l'ancien régime, dès lors que cette disposition astreint le tuteur à réparation au motif que les fruits du patrimoine du pupille appartiennent à ce dernier et non au représentant légal, alors que tel n'était pas le cas du mineur sous puissance paternelle, puisque ses revenus appartenaient aux père et mère (art. 292 CC ancien). Dès le moment où la raison de l'art. 401 al. 2 CC est de dédommager le pupille du préjudice qu'il souffre du fait qu'un revenu qui lui aurait appartenu n'est pas entré dans son patrimoine, tel ne pouvait être le cas du mineur sous puissance paternelle, qui n'avait aucun droit sur les revenus en question. Mais la réponse ne peut plus être la même maintenant, dans la mesure où tout ce qui n'est pas affecté aux dépenses personnelles du mineur, à l'entretien de son patrimoine et aux dépenses d'administration lui appartient (art. 319 al. 2 CC pour les revenus) et doit en conséquence être placé à intérêt conformément à l'art. 401 al. 1 CC. Dès le moment où le pupille et le mineur sous l'autorité parentale ont la même condition du point de vue qui

fondée, le détenteur de l'autorité parentale peut valablement représenter ses enfants, encore qu'une curatelle soit souvent opportune pour qu'un contrôle sur les comptes de la marche de l'affaire soit exercé dans l'intérêt du mineur. Attendu qu'il n'y a pas d'opposition d'intérêts et que lorsque le détenteur de l'autorité parentale a l'administration légale, cette opinion nous paraît erronée, sauf le cas où les conditions de l'art. 324 CC sont réunies. Selon EGGER (n. 33 ad 392 CC), l'autorité tutélaire devrait renoncer à laisser entrer un mineur dans une société si la curatelle (au sens où l'entend LECOULTRE) doit être maintenue jusqu'à la majorité. C'est erroné, à notre avis, quant à la curatelle, pour les raisons que nous relevons, et quant à la société, puisque la loi n'interdit nullement que le mineur intercède pour le détenteur de l'autorité parentale en responsabilité illimitée; dans le cas où la responsabilité est limitée, et surtout lorsque le mineur est dans une société par actions, la question ne se pose plus. De plus, lorsque le détenteur de l'autorité parentale s'occupe seul de l'affaire du mineur (ce dernier n'ayant pas la gestion), le curateur et l'autorité tutélaire doivent exiger des garanties (en particulier lorsqu'il s'agit d'entreprises tombées dans le patrimoine du mineur lors du décès des père et mère). Cela paraît excessif. Le partage exécuté, la mission du curateur s'éteint, celle de l'autorité tutélaire continue en application de l'art. 318 al. 2 CC. Quant aux garanties, ce n'est que dans l'hypothèse de l'art. 324 al. 2 CC qu'elles peuvent être exigées.

Pour HEGNAUER (n. 44 à 47 ad 290 CC), les père et mère ont le choix entre liquider l'entreprise du mineur, la continuer au nom de ce dernier ou la reprendre en leur nom et pour leur propre compte, ce qui emporte l'application de l'art. 306 CC. Nous admettons bien la liquidation (au nom et pour le compte du mineur) ou la continuation (au nom et pour le compte du mineur), mais non pas la reprise de l'entreprise par les père et mère en leur nom et pour leur propre compte. Rien dans les pouvoirs que leur ouvre l'administration légale ne leur permet de le faire, en tout cas pas au titre de l'autorité parentale. S'ils le font, ils sont sur le même pied que des tiers qui reprendraient à leur tour ladite exploitation.

Cf. enfin LEEMANN, n. 3 ad 764 CC.

nous intéresse, ils doivent être dédommagés de même pour les revenus perdus par le fait du représentant légal, c'est-à-dire ainsi que l'art. 401 al. 2 CC le prévoit.

Puisque les père et mère répondent de la même manière qu'un mandataire de la restitution des biens de l'enfant (art. 327 al. 1 CC) et que le mandataire doit l'intérêt des sommes pour le versement desquelles il est en retard (art. 400 al. 2 CO), il en résulte que la portée de l'art. 401 al. 2 CC est de fixer le moment à partir duquel les père et mère sont en retard, d'une part, et d'autre part, de déterminer le taux de l'intérêt, celui-ci étant le taux auquel les conditions du marché au moment critique eussent permis de faire le placement, et non l'intérêt moratoire usuel de 5%.

Section 4: L'affectation des éléments du patrimoine

§ 1. Généralités

Applicable au titulaire de l'autorité parentale comme au tuteur, l'art. 401 al. 1 CC leur fait une obligation de placer à intérêt tout l'argent comptant dont ils n'ont pas l'emploi pour le pupille ou le mineur, qu'il s'agisse de ses revenus ou de ses capitaux. C'est, des règles qui régissent l'affectation des biens du mineur, la plus générale, cette disposition ne réservant que la dérogation liée à l'emploi spécial de fonds à des fins déterminées dans l'intérêt de la personne du pupille ou du mineur. Mais les père et mère ne peuvent déroger au devoir général de placement qu'aux conditions fixées par la loi selon la nature des biens et l'affectation envisagée. L'ensemble de ces règles spéciales définit ce que nous appelons le devoir d'affectation.

§ 2. L'affectation aux besoins personnels du mineur

Ce sont les revenus du mineur avant les capitaux qui doivent être affectés à son entretien. Cela résulte aussi bien du devoir de productivité qui incombe au détenteur de l'autorité parentale: ce dernier a dès lors l'obligation de capitaliser tout ce dont l'emploi spécial n'est pas nécessaire et, corrélativement, de maintenir intacts les capitaux aussi longtemps qu'il n'est pas nécessaire d'y toucher, c'est-à-dire aussi longtemps qu'il y a des revenus. Du reste, les capitaux restituables ne peuvent être utilisés — aux conditions de l'art. 320 al. 2 CC — qu'en cas d'épuisement des capitaux non restituables, représentatifs de la charge de l'entretien du mineur (art. 320 al. 1 CC). Ceux-ci à leur tour ne peuvent être touchés que

si les besoins courants du mineur l'exigent (même article). Cela n'est exigé que s'il est impossible de faire face par d'autres moyens aux dépenses visées par cette disposition, c'est-à-dire, indépendamment des prestations d'entretien du détenteur de l'autorité parentale, que s'il n'y a pas de revenus de l'enfant.

Ceux des revenus du mineur qui sont visés par les règles spéciales d'affectation que nous entendons développer ici sont exclusivement ceux que régit l'art. 319 CC. En effet, d'une part, les père et mère n'ont pas l'administration du produit du travail du mineur et des biens de celui-ci qu'ils lui remettent pour exercer une profession ou une industrie (art. 323 al. 1 CC). Il n'est donc question de leur appliquer ni la règle générale de l'art. 401 CC ni les règles afférentes aux dérogations à cet article. D'autre part, les père et mère ne peuvent disposer des revenus des biens remis par stipulation (art. 321 CC). Dès lors, la seule destination de ces biens est d'être des placements. Cela signifie que, lorsque les père et mère les administrent — ce qui est la règle générale (art. 321 al. 2 CC *a contrario*) —, ils ne peuvent leur appliquer que la règle générale de l'art. 401 CC. Il ne reste donc pour subir les affectations spéciales dérogeant à la règle générale que les revenus des autres biens, ceux que vise par conséquent l'art. 319 CC.

Le titulaire de l'autorité parentale ne peut soustraire les revenus régis par l'art. 319 CC à la règle générale et par conséquent les utiliser pour les besoins personnels du mineur que dans la mesure où — notamment — le produit du travail ou du fonds professionnel ne suffit pas. En effet, la faculté des père et mère d'utiliser ainsi les revenus du mineur est corrélative à leur obligation d'entretien, puisque l'art. 319 al. 1 CC exprime une des modalités par lesquelles le mineur procure à ses auteurs l'aide qu'il leur doit dans l'intérêt de la famille en application de l'art. 272 CC. Or, les père et mère sont déliés de l'obligation d'entretien dans la mesure où l'on peut attendre de l'enfant qu'il subvienne à son entretien par le produit de son travail ou par ses autres ressources (art. 276 al. 3 CC). Les autres ressources sont — outre les prestations sociales et les biens libérés dont les revenus seraient spécialement affectés par le disposant à l'entretien du mineur en application de l'art. 321 al. 1 CC — les revenus du fonds professionnel (art. 323 al. 1 CC). Partant, l'obligation d'entretien cessant en pareille hypothèse, la faculté d'utiliser les revenus de l'art. 319 CC disparaît, elle aussi. Avant donc de se dispenser de placer à intérêt conformément à la règle générale de l'art. 401 al. 1 CC, le titulaire de l'autorité parentale doit avoir imputé sur les dépenses nécessitées par les besoins personnels du mineur tout le produit du travail de ce dernier ou de son fonds professionnel, si l'enfant ne vit pas en ménage commun avec

lui — car dans cette hypothèse il est à notre avis censé appliquer tous ses revenus à son entretien — ou, en cas de ménage commun, la contribution équitable de l'art. 323 al. 2 CC. Cette contribution équitable, fixée par le titulaire de l'autorité parentale, devra tenir compte des dépenses nécessaires et utiles au développement et à l'épanouissement personnel des autres membres de la famille, compte notamment tenu des soins, de l'éducation, de la formation et de la protection que peuvent attendre les frères et sœurs de l'intéressé, dépenses que les autres membres de la famille peuvent raisonnablement exiger.

Ces déductions faites, les revenus visés à l'art. 319 CC peuvent être affectés à des dépenses ayant trait à des mesures nécessaires ou utiles aux soins, à l'éducation, à la formation ou à la protection du mineur (cf. l'art. 276 al. 1 et 2 CC); elles doivent l'être à de telles fins, et non à d'autres, sous réserve de ce que l'on verra ci-après; elles doivent enfin concerner exclusivement le mineur titulaire du patrimoine dont les revenus sont ainsi utilisés. En effet, les dépenses afférentes aux autres membres de la famille ne peuvent motiver l'utilisation des revenus du mineur que dans les limites de la contribution équitable aux frais du ménage dont nous parlerons ci-après. Si le législateur avait entendu autoriser l'affectation des revenus de l'enfant à des dépenses qui en concernent un autre, il n'aurait pas opposé les deux notions à l'art. 319 al. 1 CC.

Ce qui n'aurait pas été utilisé des revenus visés à l'art. 319 CC passe dans les biens de l'enfant (art. 319 al. 2 CC) et par conséquent se trouve soumis à la règle générale de l'art. 401 CC.

Si les revenus définis à l'art. 319 CC à leur tour ne suffisent pas, les père et mère pourront affecter aux dépenses nécessitées par les besoins personnels du mineur les capitaux non restituables régis par l'art. 320 al. 1 CC, par tranches et dans la mesure où ces besoins l'exigent. Dépasser cette mesure — qui relève, sauf abus manifeste, de l'appréciation du titulaire de l'autorité parentale — c'est contrevenir au devoir, établi par l'art. 401 al. 1 CC, d'assurer la productivité des biens du mineur, puisque la part non utilisée de tels capitaux doit comme n'importe quelle autre catégorie faire l'objet d'un placement. Subsidiairement à ces capitaux, ceux que vise l'art. 320 al. 2 CC pourront être entamés à leur tour, aux conditions que nous verrons ci-après.

§ 3. L'affection aux dépenses liées à l'administration légale

Puisque le titulaire de l'autorité parentale est tenu d'entretenir et de conserver les biens qu'il garde dans le patrimoine du mineur, sans être obligé de donner à ces biens une plus-value, il convient

d'admettre tout d'abord que les dépenses dont nous parlons sont celles qui concernent l'entretien et les réparations, savoir les dépenses nécessaires à éviter la dépréciation ou à donner aux biens l'usage et le rendement normaux (76). Entrent aussi dans ces dépenses celles qui visent à remplacer le bien ou celles qui tendent à l'améliorer, dans la mesure où cette amélioration est nécessaire pour éviter une dépréciation. Plus encore, les père et mère sont tenus «des travaux plus importants» (que des réparations et réfections *ordinaires* d'entretien) et des «mesures indispensables à la conservation de la chose» (cf. l'art. 765 al. 2 CC), c'est-à-dire des réparations qui ne sont pas périodiques ou qui le sont à des intervalles si éloignés qu'elles ne sauraient avoir ce caractère et qui, en principe, ne se payent pas sur les revenus (77). Le devoir d'entretenir les biens du mineur au sens où nous l'entendons n'a pour nous d'autres limites que l'enrichissement de celui-ci. Nous pouvons donc soutenir qu'en réalité les père et mère peuvent faire entrer dans les frais liés à l'administration toutes les dépenses nécessaires au sens de l'art. 939 al. 1 CC, c'est-à-dire toutes celles qu'exigent la conservation et l'exploitation rationnelle de la chose, par opposition aux dépenses utiles qui emportent une plus-value de celle-ci (78). En outre, entrent dans ces dépenses les frais de tous les actes matériels ou juridiques, de tous les procès liés à l'entretien et à la réparation du bien en question; les primes d'assurance, que l'assurance couvre des risques afférents au bien ou à ses produits; les charges de préférence liées à une plus-value de la chose; les intérêts, les impôts et les émoluments; les rémunérations payées aux auxiliaires auxquels recourent les père et mère dans l'exercice de leur administration légale (79).

(76) Ainsi TRÜB, pour qui sont à la charge des père et mère les frais d'entretien, de mise en valeur, de réparation, de transformation, d'amélioration, de rénovation (p. 109). TRÜB (p. 109) comprend aussi les frais d'acquisition. Nous dirions les frais de remploi.

(77) Cf. HOMBERGER, n. 6 et 7 ad 939 CC.

(78) Ainsi MAIER, p. 57.

(79) TRÜB (p. 111) charge les parents de toutes les dépenses qu'une saine gestion fait couvrir par prélèvement sur les produits périodiques. Il met (p. 112) à la charge des père et mère les frais des procès civils et pénaux qui ont trait au patrimoine du mineur et les frais d'actes juridiques ayant trait au patrimoine du mineur et servant à sa conservation et à son augmentation (p. 110).

Selon HEGNAUER, au contraire (n. 117 ad 272 CC), les frais de procès n'appartiennent pas à l'entretien – et par conséquent aux dépenses d'administration –. Cet auteur relève cependant qu'en vertu de leur devoir d'entretien, les père et mère peuvent être, le cas échéant, obligés d'avancer lesdits frais. Pour nous, il faut distinguer. En tant que ces procès relèvent de l'art. 19 al. 3 CC, les père et mère n'en sont pas tenus. En revanche, pour les autres, de tels frais font partie de l'entretien de la personne ou des frais d'administration légale.

Que les dépenses liées à l'administration du patrimoine du mineur soient à la charge de ce dernier nous paraît résulter des considérations suivantes (80). L'art. 272 CC impose au titulaire de l'autorité parentale de prêter son appui au mineur notamment en lui administrant ses biens, en remplissant les devoirs que lui imposent les art. 398 à 404 CC appliqués par analogie avec la diligence du mandataire (art. 327 al. 1 CC). Cette disposition lui demande ainsi son activité. Le système de notre code cependant ne permet pas d'en déduire qu'en outre le titulaire de l'autorité parentale doive supporter les frais liés à cette activité. Il apparaît en effet que le CC fait de cette charge un corrélatif de la jouissance du patrimoine administré. Si, en conséquence, les frais de gestion des apports de la femme sont à la charge du mari dans le régime de l'union des biens (art. 200 al. 2 CC), c'est qu'il en a la jouissance (art. 201 al. 1 CC). Dans le régime de la communauté des biens, la jouissance étant commune (81), les frais de gestion sont à la charge de la communauté (art. 216 al. 2 CC). En cas de séparation de biens, où chaque époux a la jouissance de son patrimoine (art. 242 al. 1 CC), chacun dès lors doit supporter ses propres dépenses d'administration (82). Dans le cas où la femme accorde la jouissance de son patrimoine au mari, en vertu de la présomption de l'art. 242 al. 2 CC, c'est le mari alors qui supporte les frais de gestion (art. 242 al. 2 CC). En revanche, les père et mère n'ont plus la jouissance légale des biens du mineur. C'est donc ce dernier qui doit supporter les dépenses liées à l'administration. A cela s'ajoute que le patrimoine du mineur sous tutelle est géré à ses frais. Non seulement il supporte les dépenses de l'administration, mais il doit payer un salaire au tuteur (art. 416 CC). Cette dernière disposition montre bien qu'il s'agit de rémunérer le travail du tuteur et non pas seulement de lui rembourser les dépenses qu'il a faites dans l'intérêt

Pour TRÜB (p. 111), les père et mère sont tenus des primes d'assurances de choses et de personnes. Selon lui (p. 110), les père et mère supportent les charges publiques sauf celles qui sont assises sur le capital du mineur. Nous ne partageons pas cette opinion, pour les raisons exprimées au texte.

Sur la casuistique de ces dépenses, voir en outre HEGNAUER, n. 113 ad 290 CC — qui se réfère à 765 et 766 CC; LEMP, n. 26 à 34 ad 200 CC — qui parle du mari et se réfère également à l'usufruit —; BINDSCHEDLER, p. 73 et ss et TRÜB, p. 108 et ss.

(80) CURTI-FORRER (n. 6 ad 290 CC) relève que la loi ne dit pas qui devra supporter les frais d'administration et pense qu'on peut déduire de l'art. 300 CC que les règles de l'usufruit seront applicables également aux dépenses d'administration.

EGGER (n. 8 ad 292/293 CC) se borne à relever que les père et mère supportent les frais et les charges de l'administration — visiblement comme charge de la jouissance légale —.

(81) LEMP, n. 3 ad 216 CC.

(82) LEMP, n. 23 ad 242 CC.

du pupille et pour l'exécution de sa fonction. Il ne faudrait pas cependant forcer l'analogie des conditions en imposant au mineur sous l'autorité parentale de payer le travail des père et mère, comme le mineur sous tutelle paie celui du tuteur. Selon l'art. 272 CC, le titulaire de l'autorité parentale doit son activité au mineur. Il ne peut dès lors en demander la rémunération, contrairement au tuteur pour qui une telle obligation n'existe pas, puisqu'il tient sa charge de l'autorité politique, et non, comme les père et mère, de la famille. Si les père et mère doivent administrer gratuitement, ils ne sont pas cependant tenus de se charger des dépenses d'administration. Aussi bien, le renvoi de l'art. 327 al. 1 CC aux règles du mandat peut emporter ici l'application analogique de l'art. 402 al. 1 CC, dont il faut se rappeler qu'il est applicable même si le mandat est gratuit, et par conséquent même si le mandataire ne peut réclamer des honoraires (83). Le mineur doit donc rembourser les avances et frais que le titulaire de l'autorité parentale a faits en vue de remplir ses devoirs d'administrateur légal.

§ 4. L'affectation aux besoins du ménage

L'art. 272 CC oblige l'enfant à assister ses père et mère. Cette entraide est, fait à relever, due à ces derniers en tant que membres de la famille, et dès lors sujets aux devoirs qu'elle implique. Ces devoirs ne sont pas limités à l'entretien du seul des enfants dont le patrimoine est ici considéré, ils s'entendent, pour le père, de l'entretien de la femme et des enfants, y compris, le cas échéant, des descendants majeurs, des ascendants et, en cas d'aisance, des frères et sœurs (art. 328 CC).

L'art. 319 al. 1 CC prévoit que les revenus des biens de l'enfant – et ceux-là seulement, pour les raisons que nous avons développées au paragraphe 2 ci-dessus — peuvent, dans une mesure équitable, être affectés aux besoins du ménage.

Cette disposition particulière est à notre sens l'analogue de l'art. 246 al. 1 CC, relatif à la contribution équitable de la femme séparée de biens aux charges du mariage. C'est que l'art. 272 CC, qui a trait à l'aide que doivent les père et mère et l'enfant, qui forment la société familiale, est l'analogue et le correspondant de l'art. 159 al. 2 CC, relatif à l'aide que se doivent les époux, membres de la société conjugale. Nous pouvons donc renvoyer sur le point qui nous occupe aux principes dégagés à propos de l'art. 246 al. 1 CC (84).

(83) Cf. Gautschi, n. 6/a à 9/c ad 402 CO.

(84) Lemp, nn. 1 à 45 ad 246 CC.

Nous tenons cependant à relever les points suivants:

1. Cette contribution ne peut équitablement être prélevée qu'aussi longtemps que le mineur fait partie du ménage auquel il contribue et elle ne peut profiter qu'aux membres de la famille qui font partie du ménage commun; cela nous paraît résulter du texte même de l'art. 319 al. 1 CC; du reste, à ce défaut, il n'existe que la contribution alimentaire de l'art. 328 CC, aux conditions fixées par cette disposition.

2. Cette contribution ne peut équitablement être prélevée que sur le surplus qui demeure après satisfaction des besoins personnels du mineur et paiement des dépenses liées à l'administration de son patrimoine; il n'est possible en effet de déroger à l'art. 401 al. 1 CC que dans la mesure où les fonds seront employés pour le pupille — ou le mineur —, ce qui donne à ces derniers une priorité sur les besoins du ménage.

3. La contribution équitable de l'art. 319 al. 1 CC peut à notre sens être prestée en nature; si le terme «revenus» vise par excellence les fruits naturels ou civils, il n'en reste pas moins qu'il est possible d'inclure dans cette notion tout ce que l'on peut tirer d'un bien envisagé comme un capital, c'est-à-dire un certain usage et une certaine jouissance. C'est ainsi qu'à notre sens les père et mère pourront affecter aux besoins du ménage commun des meubles ou immeubles propriétés du mineur, et cela gratuitement, dans les limites de l'usure normale bien entendu. Lorsque tel est le cas, on ne peut considérer comme équitable la contribution sous cette forme que si le mineur participe à l'usage et à la jouissance du bien ou de l'ensemble de biens. Sinon, en effet, il n'a pas d'intérêt à leur conservation dans son patrimoine et l'art. 400 al. 1 CC en impose la vente et l'art. 401 al. 1 CC le placement du prix à intérêt.

Chapitre IV

Les pouvoirs du détenteur de l'autorité parentale

Tout le monde s'accorde à insister sur la liberté que le CC accorde aux père et mère en matière d'administration du patrimoine du mineur, rompant ainsi avec les codes cantonaux antérieurs, qui en général les assimilaient à des tuteurs ordinaires (85). Il en est même qui jugent cette liberté excessive (86). Si l'on considère que l'autorité parentale (au sens large où elle comprend tous les pouvoirs qui ont trait à l'assistance et à l'administration) est une fonction familiale — et sur ce point nous nous sommes suffisamment expliqués —, ce caractère légitime au contraire une liberté identique dans les deux domaines auxquels elle se rapporte. C'est même le régime des codes cantonaux qui devient surprenant, puisqu'il réglait avec force réserves, cautèles et précautions, les pouvoirs des père et mère sur les biens de leurs enfants, tout en les laissant absolument souverains sur la personne de ces derniers, contrairement à l'ordre des valeurs qui aurait dû, semble-t-il, conduire leur appréciation.

Les père et mère administrent les biens de l'enfant aussi longtemps qu'ils possèdent l'autorité parentale et, en règle générale, ils n'ont ni comptes à rendre ni sûretés à fournir, outre qu'ils agissent au nom de l'enfant, dans la mesure où ils ont l'autorité parentale, sans le concours des autorités de tutelle. Dans la mesure où le titulaire de l'autorité parentale ne déprécie pas le patrimoine du mineur, il peut, selon son appréciation de l'intérêt de ce dernier, disposer matériellement des objets qui le constituent: les déplacer, par exemple, les transformer et même les détruire (87). La raison en

(85) Ainsi Egger (n. 3 ad 290 CC) et Schiesser (p. 5).

(86) Cf. Egger, n. 7 ad 279 CC; Hegnauer, n. 94 ad 290 CC.

(87) Lemp, n. 14 ad 202 CC; cf. Trüb, p. 85; Egger (n. 4 ad 290 CC). L'administration, en effet, consiste aussi bien en actes matériels qu'en actes juridiques (Egger, n. 1 ad 290 CC).

est simple. Substituts du mineur, les père et mère exercent toutes les facultés matérielles qui sont comprises dans la propriété. Quant aux actes juridiques, par lesquels il faut entendre tous les actes qualifiés par le droit, y compris les actes matériels à effet juridique et les actions, ils sont faits non seulement pour le compte du mineur, mais aussi nécessairement en son nom. Selon nous, en effet, le titulaire de l'autorité parentale ne peut acquérir et s'obliger lui-même à charge de transférer au mineur les droits et obligations nés de son acte (88). Aussi bien, l'autorité parentale, au sens large, est par essence un

KNAPP (n° 342) l'admet pour le mari. Nous l'admettons pour les père et mère, s'ils évitent ainsi la perte ou la dépréciation du patrimoine du mineur (exemple: tuer un chien enragé pour que l'enfant ne réponde pas des actes de cet animal en application de l'art. 56 CO).

(88) En application de l'art. 279 ancien CC, les père et mère agissent en son nom et pour son compte: ainsi, CURTI-FORRER (n. 5 ad 279 CC) relève que les actes des père et mère obligent immédiatement l'enfant.

Contrairement donc à EGGER (n. 4 ad 290 CC), nous n'admettons pas de représentation indirecte. Ils doivent nécessairement agir au nom du mineur.

SILBERNAGEL, lui (n. 24 ad 279 CC), admet la représentation indirecte du mineur par le détenteur de l'autorité parentale lorsque les circonstances ne manifestent pas la représentation directe.

Dans le sens contraire au nôtre, SCHIESSER, p. 65/67. Pour lui (p. 8 et 9), c'est la représentation légale de l'art. 279 CC qui est le fondement juridique du pouvoir de disposition sur le patrimoine du mineur. Selon nous, cette vue est erronée. L'autorité parentale, au sens large, est par essence un pouvoir de disposition. Ce pouvoir prend, suivant les domaines où il s'exerce, les apparences de l'autorité parentale, au sens étroit, ou de l'administration légale. Dès lors, l'autorité parentale, au sens large, implique, pour ce qui concerne les actes de l'administration légale, que les actes d'obligation ou de disposition faits par le détenteur sur le patrimoine du mineur ont, en vertu de la loi même, un effet immédiat sur ce patrimoine. Il en résulte que lorsqu'il s'agit de traiter avec les tiers, les actes juridiques opérés par le titulaire de l'autorité parentale produisent un effet immédiat dans la sphère juridique du mineur, dans toute la mesure où il s'agit d'actes d'administration (et sur ce point, SCHIESSER a raison, loc. cit., de déclarer que la représentation en matière patrimoniale et d'administration légale sont deux notions coextensives). Cela signifie aussi, et surtout, que l'autorité parentale n'admet, ne justifie et ne fonde juridiquement que la représentation directe. En d'autres termes, la représentation indirecte, qui n'entre pas dans le système légal, ne peut en aucun cas être fondée sur l'autorité parentale, mais sur une convention particulière. Tous les actes d'administration du détenteur sont dès lors faits non seulement pour le compte du mineur, mais aussi en son nom. Cet auteur, en admettant la représentation indirecte, cherche un critère qui permette de déterminer les cas d'une telle représentation. Il le trouve dans le «caractère objectivement étranger aux intérêts patrimoniaux (du représentant légal) de la prestation du tiers avec qui le détenteur de l'autorité parentale contracte». Ce qu'il y a de décisif dans cette perspective, c'est la nature de la prestation du tiers ou des circonstances dans lesquelles celle-ci est faite. Si l'une ou les autres renvoient au patrimoine du mineur, on admettra la représentation indirecte en vertu de la présomption que le détenteur de l'autorité parentale exerce conformément à ses devoirs ses droits sur les biens du mineur. Il ajoute qu'il est dès lors sans pertinence que le législateur ait négligé d'établir le principe du remploi *(Surrogationsprinzip)* comme le fait l'art. 196 al. 2 CC

pouvoir de disposition. Ce pouvoir prend, suivant les domaines où il s'exerce, les apparences de l'autorité parentale, au sens étroit, ou de l'administration légale. Dès lors, l'autorité parentale, au sens large, implique, pour ce qui concerne les actes de l'administration légale, que les actes d'obligation ou de disposition faits par le titulaire de l'autorité parentale sur le patrimoine du mineur aient, en vertu de la loi même, un effet immédiat sur le patrimoine de ce dernier. Il en résulte que, lorsqu'il s'agit de traiter avec les tiers, les actes juridiques opérés par le titulaire de l'autorité parentale produisent un effet direct dans la sphère juridique du mineur, dans toute la mesure où il s'agit d'actes d'administration (89). Cela signifie aussi, et surtout, que l'autorité parentale n'admet, ne justifie et ne fonde juridiquement que la représentation directe. En d'autres termes, la représentation indirecte, qui n'entre pas dans le système légal, ne peut en aucun cas être fondée sur l'autorité parentale, mais sur une convention particulière. Tous les actes d'administration du titulaire de l'autorité parentale sont dès lors faits non seulement pour le compte du mineur mais aussi en son nom (89*bis*).

Ces actes de gestion relèvent soit de l'administration courante, soit de l'administration extraordinaire. Si on s'inspire de la liste

dans le domaine des régimes matrimoniaux. Il est à peine besoin de faire remarquer que l'art. 196 al. 2 CC n'exprime pas qu'il y a lieu à remploi des apports aliénés, mais se borne à exprimer une présomption, ce qui n'est pas la même chose. En fait, le «principe de remploi» n'est exprimé nulle part pour ce qui concerne les apports de la femme, de sorte que ceux-ci se trouvent dans la même situation légale que le patrimoine du mineur. En fait, selon nous, le remploi est la conséquence directe de l'obligation du détenteur de l'autorité parentale de maintenir la valeur comptable du patrimoine. De sorte que des biens achetés par prélèvement sur les capitaux du mineur sont la propriété de celui-ci. Fait évidemment exception le cas où ces biens seraient, par leur destination, des biens servant à l'éducation et à l'entretien de l'enfant, auquel cas le prélèvement tomberait sous le coup de l'art. 320 al. 2 CC. SCHIESSER donne comme exemple (n. 33 p. 66) le tapis de prix acheté aux dépens du mineur et installé dans la maison des père et mère. Cela ne nous paraît pas un cas de représentation indirecte. Tout simplement, le tapis est propriété du mineur. Il est vrai que, pour SCHIESSER (p. 8 et 9), c'est la représentation légale de l'art. 279 ancien CC qui est le fondement juridique du pouvoir de disposition sur le patrimoine du mineur. Selon nous, cette vue est erronée.

Cf. enfin l'opinion de HEGNAUER, n. 22 ci-dessus.

(89) Et sur ce point, SCHIESSER a raison de déclarer que la représentation en matière patrimoniale et d'administration légale sont deux notions coextensives (p. 8 et 9).

(89*bis*) HEGNAUER (n. 94 ad 290 CC) relève que lorsqu'il y a lieu d'impliquer le mineur dans un nouveau rapport de droit, le détenteur de l'autorité parentale, en vue de différencier la défense d'intérêts du mineur de la sienne propre, doit agir au nom de l'enfant. Cela nous paraît non seulement vrai dans ce cas, mais dans tous. C'est à notre avis un devoir tiré de l'obligation générale de maintenir la sûreté (y compris juridique) du patrimoine.

établie par la doctrine (90) à propos de l'art. 202 CC, on constate que les actes qui excèdent l'administration ordinaire en matière d'administration maritale se retrouvent dans la liste des art. 421 et 422 CC. Cela n'a rien d'étonnant. Ces dispositions énumèrent les actes les plus importants qui puissent affecter un patrimoine. Entreraient alors, si l'on se réfère aux règles de la tutelle, dans l'administration extraordinaire: l'achat et la vente d'un immeuble, la constitution de gages ou d'autres droits immobiliers; l'achat, la vente, la mise en gage d'autres biens au-delà des besoins de l'administration ou de l'exploitation courante; le prêt et l'emprunt; la souscription d'engagement de change; la conclusion de baux à ferme d'une année ou plus et de baux à loyer d'immeuble de trois ans ou plus; les procès, transactions et compromis en matière patrimoniale; le partage d'une succession; la conclusion d'une assurance sur la vie du mineur; l'acquisition ou la liquidation d'une entreprise, la prise de participation dans une société engageant la responsabilité personnelle du mineur ou un capital important; la conclusion d'un contrat dont l'objet est une pension, une rente viagère ou l'entretien viager; l'acceptation enfin et la répudiation d'une succession, ainsi que la conclusion d'un pacte successoral. Figurent dans cette liste les actes de disposition qui affectent un droit ou un rapport de droit par voie d'aliénation, de constitution d'une charge, de modification ou de renonciation (91), ainsi que les actes d'obligation, qui ne réduisent pas l'actif, mais augmentent le passif (92).

Le détenteur de l'autorité parentale peut-il faire des actes de disposition ou d'obligation sur le patrimoine de l'enfant? W. GAUTSCHI (93) l'a nié, en alléguant que les parents, liés au titre de leur

(90) LEMP, n. 14 et 15 ad 202 CC: dénonciation des créances, compensation, accords de délais et de termes, acceptation en paiement, retrait d'un carnet d'épargne, acquittement de dettes, conversion de papiers-valeurs, renouvellement de lettres de change, aliénation de meubles meublants de faible valeur, aliénation mise en gage d'éléments du patrimoine dans les limites de l'administration d'une entreprise commerciale ou industrielle, mise en gage des biens du représenté pour ses dettes, fixation des limites d'un immeuble, libération de servitudes, location à bail ou à ferme d'un meuble ou d'un immeuble, enfin, dans certaines circonstances, consentement à un relèvement du taux d'intérêt d'une dette garantie par le représenté. En revanche, excèdent les limites de l'administration ordinaire les actes de gestion que voici: aliénation, mise en gage d'un immeuble, constitution de servitudes, cession d'un gage immobilier, remise de dette, liquidation d'une entreprise, renonciation à l'attribution à un héritier d'une exploitation agricole à la valeur de rendement, conclusion d'un contrat de partage d'une succession, répudiation d'une succession. Cf. aussi la liste de l'art. 395 al. 1 CC, qui vise des actes excédant la simple administration. Cf., pour la répudiation d'une succession, HEGNAUER (n. 42 ad 290 CC).

(91) Cf. VON TUHR, § 25, p. 171. Dans ce sens, HEGNAUER (n. 37 ad 290 CC).

(92) Cf. VON THUR, § 25, p. 172. Dans ce sens, HEGNAUER (n. 37 ad 290 CC).

(93) In SJZ 1926, p. 242 ch. 3.

jouissance par les règles de l'usufruit, sont tenus de conserver la substance des choses soumises à leurs droits (art. 764 al. 1 CC) et qu'en outre, l'art. 272 al. 2 ancien CC interdit aux père et mère d'entamer le capital du mineur sans l'approbation de l'autorité tutélaire. La doctrine (94), cependant, est pour l'affirmative et nous la suivons sur ce terrain. Le premier argument de GAUTSCHI ne vaut plus, à supposer qu'il ait jamais eu une valeur quelconque. Arrêtons-nous ici au second. Nous verrons ci-après que l'opération visée à l'art. 320 al. 2 CC revient à un acte d'attribution sans contrepartie, comparable à une aliénation. Ce qu'elle a de particulier, c'est qu'il s'agit d'une attribution aux parents, puisque les biens affectés à l'entretien et à l'éducation du mineur sont dans le patrimoine de ceux-ci, qui est seul grevé ou diminué de leur contre-valeur. C'est absolument différent d'un acte de disposition sur un bien dont la contre-valeur entre dans le patrimoine de l'enfant. Les parents ont donc bien un droit de disposition illimité (95), sous réserve des garanties légales que nous verrons ci-après, sur les biens du mineur. Il est clair qu'ils ont le pouvoir de passer les actes d'obligation dans la même mesure, puisque dans la plupart des cas les deux catégories d'actes se répondent, un acte de disposition ayant son origine dans un acte d'obligation (96).

(94) SCHIESSER, p. 9; EGGER, n. 2 ad 292/293 CC, à propos de la jouissance légale, tout en relevant que cette faculté procède de l'administration légale; id., n. 4 ad 290 CC; SILBERNAGEL, n. 11 ad 290 CC; HEGNAUER, n. 31a ad 279 CC, n. 37, 39, 42 ad 290 CC; cf. aussi l'avis de la Direction de la justice du canton de Berne (constitution de gages immobiliers) in ZBGR 14 n° 19 p. 89 ch. 2.

C'est du reste au droit de dénaturer les biens que correspond le pouvoir de disposition.

(95) Ainsi, le détenteur de l'autorité parentale peut librement aliéner un immeuble du mineur et en placer le prix, notamment en le prêtant, selon le Conseil d'Etat du canton d'Argovie (ZBGR 27 n° 71 p. 215).

Même avis du Conseil d'Etat du canton d'Argovie pour qui le détenteur de l'autorité parentale peut emprunter au nom du mineur et créer un gage immobilier pour garantir le remboursement (ZBGR 22 n° 38 p. 91).

TRÜB (p. 82) relève aussi que les parents, non seulement peuvent par leurs actes affecter la substance de la chose, mais aussi disposer de la chose elle-même, ce qui résulte, selon lui, de l'art. 300 ancien CC.

Dans notre sens, BINDSCHEDLER (p. 71). Elle remarque néanmoins que les père et mère ne peuvent pas prélever sur la substance du capital de l'enfant. Elle se fonde sur l'art. 320 al. 2 CC. Cela nous paraît juste, dans la mesure où l'on parle de prélèvement sans contrepartie, et faux dans le cas contraire. Nous disons ailleurs pourquoi nous admettons que les père et mère ne sont tenus que de conserver la valeur comptable des biens confiés à leur administration. Dans notre sens aussi, ROSSEL (I, p. 360/361).

(96) Le détenteur de l'autorité parentale peut faire un emprunt au nom et pour le compte du mineur selon le Conseil d'Etat du canton de Berne, in ZBGR 36 n° 8 p. 69. Le détenteur de l'autorité parentale peut ainsi emprunter au nom de l'enfant,

Les père et mère peuvent également de leur chef procurer au mineur le profit d'actes d'attribution, par lesquels un tiers lui procure un avantage patrimonial. A vrai dire, autant qu'il a le discernement voulu, le mineur peut de son propre consentement acquérir à titre purement gratuit (art. 19 al. 3 CC), c'est-à-dire recevoir un avantage patrimonial fait *donandi causa*. Mais dans cette hypothèse même, en vertu de l'art. 241 al. 2 CO, les père et mère peuvent défendre d'accepter la donation ou en ordonner la restitution. Cette disposition permet d'éviter les libéralités pour cause immorale ou illicite (97). Mais les père et mère ne sont nullement obligés de se référer à un motif de ce genre. Au titre de leur fonction familiale, ils exercent en plénitude le pouvoir de disposer des biens et des droits de l'enfant. Les obliger à exprimer de justes motifs soumettrait ces derniers à la censure d'un tiers ou d'une autorité quelconque. Cela n'est pas, en raison même de la présomption d'aptitude qui s'attache à la titularité de la fonction familiale. Les motifs qui ont conduit le législateur à introduire l'art. 241 al. 2 CO ne sont dès lors pas nécessairement ceux que le titulaire de l'autorité parentale doit avoir pour interdire valablement l'acte d'attribution.

ce qui oblige ce dernier à remboursement. (SJZ 15/1918/19, p. 386 n° 245). Les parents peuvent obliger le mineur, ainsi HEGNAUER, n° 31a ad 279 CC. Mais non pas sans contrepartie, selon l'art. 408 CC, ce que l'on verra ci-après.

(97) BECKER, n. 1 ad 241 CO.

DEUXIÈME PARTIE

Les mesures préventives

Les mesures préventives sont les effets directs et immédiats d'incapacités diverses, que la loi attache à des situations qu'elle prévoit, en vue de protéger le patrimoine du mineur. Ces situations sont présumées grosses de dangers pour celui-ci et cela irréfragablement. Ces incapacités peuvent — mais non nécessairement — appeler une action des autorités de tutelle.

Nous entendons les examiner ci-après, selon qu'elles visent le mineur lui-même, c'est le cas de l'interdiction de certaines opérations déterminées, selon ensuite qu'elles frappent le titulaire de l'autorité parentale, soit en l'astreignant à la surveillance de l'autorité tutélaire, soit en lui imposant le concours nécessaire des autorités de tutelle, soit enfin en le privant de l'exercice de l'administration légale. Nous avons donc à voir successivement l'inventaire imposé au détenteur unique de l'autorité parentale, l'approbation des prélèvements sur les capitaux du mineur, l'approbation des conventions d'entretien, enfin la représentation légale extraordinaire de l'enfant.

TITRE PREMIER

La mesure vise le mineur

Chapitre unique

Les opérations prohibées (art. 408 CC)

Section 1 : La portée subjective de la prohibition

L'objet de cette section tient tout entier dans ces deux questions, si l'art. 408 CC s'applique au représentant légal ou au représenté, d'une part, et si, d'autre part, et dans quelle mesure cette disposition s'applique au mineur sous l'autorité parentale.

La première question a été discutée à propos des personnes sous tutelle, et les réponses sont variées.

Pour les uns (98), l'art. 408 CC ne s'applique qu'au tuteur, et non au pupille. Si donc le tuteur procède à une opération prohibée, il agit comme un représentant légal sans pouvoirs. Le pupille ne peut ratifier, par définition, et par conséquent il n'est pas lié, aussi longtemps qu'il est sous tutelle; mais il peut ratifier dès qu'il acquiert ou retrouve l'exercice des droits civils. Quant à l'autre partie, elle est liée, aux conditions générales sur la représentation sans pouvoirs. L'acte prohibé est ainsi, pour les auteurs de langue allemande, *einseitig unverbindlich* (99).

Certains admettent aussi que l'art. 408 CC ne s'applique qu'au tuteur, mais en déduisent que l'opération, si elle est faite par ce dernier est absolument nulle, et non pas relativement nulle. En outre l'article ne vise pas le pupille capable de discernement (410 CC). Celui-ci

(98) Rossel I, p. 451, ch. 2; Kaufmann 1 et 11 ad 408 CC: l'interdiction vise le tuteur et les autorités de tutelle. Il semble bien que le Tribunal fédéral (TF, 2e Cour civile, 24 juin 1937, Favre, RO 63 II n. 30 cons. 1 p. 130 à 132) soit de l'avis que l'art. 408 CC dispose pour le détenteur de l'autorité parentale, et non pour le mineur lui-même.

Telle paraît être également l'opinion de Silbernagel (n. 14 ad 279 CC).

Pour Bozer (p. 35), l'art. 408 CC prend place parmi les dispositions sur la représentation par le tuteur.

(99) Egger, 1re édition, n. 2 ad 408 CC.

peut agir; mais son tuteur ne peut évidemment pas ratifier l'acte. Il en résulte que l'acte n'est que relativement nul s'il est fait par le pupille, parce qu'il oblige le tiers; quant au pupille, il peut ratifier l'acte après la levée de la tutelle (100).

Pour les autres (101), l'opération est dans tous les cas absolument nulle et par conséquent ne peut non plus être ratifiée par le pupille, une fois que celui-ci a retrouvé l'exercice des droits civils ou en est investi. Telle est aussi notre opinion.

En effet, en renvoyant à l'art. 408 CC, l'art. 240 al. 2 CO, relatif à la donation, dit que «les biens d'un incapable ne peuvent être donnés», sans faire de distinction entre l'incapable et son représentant légal. Cela permet de conclure qu'il n'y a pas lieu de faire cette distinction et que, par conséquent, la prohibition de l'art. 408 CC s'applique à l'incapable comme à son représentant légal. En outre, malgré la place de l'art. 408 CC et sa note marginale («affaires prohibées») qui paraît ne faire que compléter celle de l'art. 407 CC («représentation en général»), il résulte des travaux préparatoires que cet article vise le pupille (102). Autrement, la remarque que ce

(100) C'est la position de KAUFMANN, n. 11 ad 408 CC, approuvé sur ce point par TUOR, p. 278 n. 29. Pour CURTI-FORRER, n. 2 ad 408 CC, l'opération est en tous les cas valable si le co-contractant est de bonne foi.

(101) ROSSEL, I p. 452 — qui réserve cependant la bonne foi du tiers acquéreur —; auteurs cités par KAUFMANN, n. 11 ad 408 CC; EGGER, 2e édition, n. 11 ad 408 CC. CURTI-FORRER (n. 9 ad 408 CC) semble de cet avis, en disant que le consentement du pupille n'a pas d'importance. Telle paraît être l'opinion de HEGNAUER (n. 100 ad 279 CC).

(102) Il n'est pas inutile à ce propos d'expliquer la genèse du texte. Peu de législations cantonales s'occupaient des cautionnements, fondations et donations aux dépens de pupilles, et c'était pour prévoir que les cautionnements, par quoi il fallait entendre les actes d'intercession de toutes espèces, voire les engagements de change et les fondations, étaient soumis à l'approbation des autorités de tutelle. La législation de Bâle-Ville, seule à parler des donations, les déclarait autorisées, dans la mesure indiquée par la situation financière du pupille (HUBER, I, 692, 705, 706).

L'avant-projet I (art. 305 al. 1 p. 150/151), l'avant-projet II (art. 308 al. 1 p. 74-fr-) et le projet présenté aux Chambres (art. 291 al. 1 p. 170) avaient un texte dont le sens, sinon la lettre, est celui de l'art. 280 al. 1 ancien CC: la capacité de l'enfant soumis à l'autorité parentale est celle du mineur sous tutelle. Cependant, le second avant-projet et le projet présenté aux Chambres présentaient une différence essentielle. Le texte de l'art. 291 al. 1 du projet soumis aux Chambres était en effet ainsi conçu:

«L'enfant soumis à l'autorité parentale est assimilé, quand à sa capacité civile, au mineur sous tutelle *(415 à 421)*» (souligné par nous).

Mais ce renvoi n'avait pas la même portée que dans le second avant-projet. Dans celui-ci en effet, l'art. 308 al. 1 renvoyait aux art. 435 à 440, ce que l'exposé des motifs relevait en ces termes (p. 219):

«En ce qui a trait à la représentation, les art. 307 à 310 reproduisent les règles correspondantes du code des obligations, avec renvoi aux art. 435 à 440 concernant la tutelle.»

dernier peut faire des libéralités et des fondations par testament (103), qui a été faite pendant toute la préparation de la loi, n'aurait aucun sens, puisque seul le pupille peut faire un acte émi-

Les art. 435 à 439 correspondaient respectivement aux articles actuels suivants: 407, 409, 410, 411, 412. L'art. 440 (sans rapport avec notre sujet) n'a pas été repris. L'art. 408 CC actuel n'entrait pas dans l'ensemble des dispositions qui définissaient alors, par renvoi, la capacité civile de l'enfant.

De fait, cet article est né des discussions d'experts (PV Comm. exp., 1901/1902, t. II, p. 55 ss). Lorsque la délibération en vint à l'art. 450 (correspondant à l'art. 422 CC actuel), qui, traitant du consentement de l'autorité de surveillance, prévoyait que son consentement était nécessaire pour les donations importantes, les fondations et les cautionnements, Mentha proposa la suppression de cette disposition, en ce sens que les donations importantes et les fondations ne devaient jamais émaner d'un incapable.

«Si la personne sous tutelle (ajoute le procès-verbal) a la capacité naturelle, elle peut faire des libéralités et des fondations par testament. Le représentant d'un aliéné pourrait sans cela, avec l'autorité de surveillance, créer une fondation d'utilité publique avec les deniers de son pupille. Il y a lieu plutôt d'interdire absolument aux incapables les donations et les fondations» (p. 55).

Au cours de la discussion, Lienhard (p. 57) demanda au rapporteur si, sous le terme de cautionnement *(Bürgschaft)*, il fallait entendre toute forme d'intercession. La réponse fut positive. La discussion continuant, Rossel (p. 57) soutint la proposition de Mentha. Il ajouta:

«Le testament suffit pour les premiers de ces actes et, quant au cautionnement, il n'existait pas de raisons suffisantes de le permettre, même avec la ratification de l'autorité de surveillance. L'autorité ne doit pouvoir ni ériger des libéralités ni créer les sûretés aux dépens du pupille.»

La proposition Rossel-Mentha fut approuvée par dix-sept voix contre seize, étant entendu que ces opérations devaient être interdites quelles que soient les circonstances, même avec l'approbation de l'autorité de surveillance. Il fut décidé de charger la commission de rédaction de faire un article particulier qui grouperait ces interdictions (p. 58).

C'est pourquoi l'art. 291 al. 1 du projet soumis aux Chambres, qui mentionnait expressément les art. 415 à 421, renvoyait non seulement aux art. 435 à 440 de l'avant-projet II, mais encore à un article 416 ainsi conçu:

«Aucun cautionnement ne peut être souscrit, aucune fondation créée, ni aucune donation de quelque importance faite au nom du pupille.»

Devant les Chambres, l'art. 416 CC ne passa pas sans opposition. Le député Häberlin proposa de supprimer l'interdiction du cautionnement, en le réintroduisant dans la liste des opérations pour lesquelles le consentement de l'autorité de surveillance était nécessaire. Mais la commission du Conseil national resta sur ses positions. Le rapporteur fit remarquer que s'il était capable de discernement, le pupille pouvait, à cause de mort, faire une donation ou ériger une fondation. La proposition de la commission fut acceptée tacitement. Néanmoins, la commission du Conseil des Etats proposa de supprimer, dans l'art. 416, la mention des cautionnements. Il fallut une procédure de liquidation des divergences pour que, le Conseil des Etats se résignant pour finir à suivre le Conseil national, l'art. 416 du projet devint l'art. 408 CC actuel. Au cours des débats, le rapporteur au Conseil national fit remarquer que, nonobstant la prohibition du cautionnement, le nantissement et le dépôt restaient licites. Au Conseil des Etats, le rapporteur affirma que le cautionnement était prohibé en raison de son caractère aléatoire. (Cf. Bulletin sténographique, 15, 1421; 16, 76; 17, 292.)

(103) Cf. note 102.

nemment personnel. De plus, l'art. 408 CC groupe divers actes de disposition ou d'obligation qui ont pour caractéristique commune d'appauvrir, ou de risquer d'appauvrir le pupille, c'est-à-dire de lui faire augmenter son passif ou diminuer son actif et cela sans contrepartie. Cela définit la *ratio legis* de l'article et la portée de l'interdiction qui y est contenue. Or, une prohibition de ce genre, s'adresse de soi au pupille comme au tuteur, étant fondée sur la nature des actes, laquelle est sans rapport avec l'auteur de ceux-ci. Enfin, dès lors que le pupille ne peut se soumettre à de telles obligations ou faire de tels actes de disposition, c'est qu'il est limité dans la jouissance des droits civils. Cela résulte de la définition même de cette notion (art. 11 CC). Si en conséquence le pupille ne peut s'obliger, le tuteur, qui ne peut exercer les droits civils du pupille que dans la mesure où ce dernier en jouit, ne peut le suppléer en ce cas. C'est donc bien d'une nullité absolue des actes qu'il faut parler.

La seconde question est de savoir si l'art. 408 CC est applicable au mineur sous l'autorité parentale (104). Pour nous, la réponse ne peut être que positive. En effet, la capacité de ce dernier est la même que celle du mineur sous tutelle (art. 305 al. 1 CC). Or, l'article 408 CC s'applique à celui-ci. Et il s'agit bien d'une question de capacité civile, comme on vient de le voir. Mais l'article s'applique-t-il bien sans réserve au mineur sous autorité parentale? Il peut certes paraître curieux que la prohibition soit absolue s'agissant d'un mineur sous tutelle alors que, par hypothèse, on pourrait concevoir qu'elle ne s'applique pas du tout à un mineur sous autorité parentale. Et il est vrai qu'une protection accrue du patrimoine du premier peut paraître un privilège injustifiable par rapport au

(104) Question tranchée par l'affirmative: ROSSEL, I, pages 352 et 360: SILBERNAGEL, n. 14 ad 279 et 12 ad 280 CC: KAUFMANN, n. 5 préliminaire aux art. 407-412 CC, ainsi que les auteurs qu'il cite; EGGER figure dans ce camp (deuxième édition, n. 14 ad 279 CC), mais ne mentionne pas l'art. 408 CC comme applicable aux mineurs, ce qui paraît contradictoire (n. 1 ad 280 CC: cf. KAUFMANN, *loc. cit.*). SCHIESSER, p. 67.

Le Tribunal fédéral (TF, 2e Cour civile, 24 juin 1937, FAVRE RO 63 II n° 30 cons. 1 p. 130 à 132) considère que l'art. 408 CC s'applique au mineur sous autorité parentale. En revanche, CURTI-FORRER (n. 3 ad 280 CC) n'admet même pas l'application pure et simple de l'art. 408 CC au mineur. Selon lui, cet article doit être interprété dans les limites de l'art. 300 CC. Il ajoute qu'il est fort possible que l'administration logique de la fortune de l'enfant exige la souscription d'un cautionnement.

Pour TUOR, le pouvoir de représentation des parents, tout comme celui de tuteur, doit céder devant l'interdiction de l'art. 408 CC; les parents ne sauraient, même avec le concours du consentement de l'autorité, souscrire aucun cautionnement, faire aucune donation, ni créer aucune fondation aux dépens de l'enfant sous autorité parentale (p. 221).

patrimoine du second. Cependant, plusieurs considérations militent contre l'application pure et simple de l'art. 408 CC au cas du mineur sous autorité parentale.

D'abord depuis le premier avant-projet jusqu'au texte définitif, l'art. 282 CC ancien visait notamment des actes d'intercession ou d'intervention en faveur des parents, ce qui n'aurait aucun sens si ceux-ci n'étaient pas autorisés (105).

Ensuite, lorsque la commission d'experts a porté l'interdiction finalement exprimée dans l'art. 408, l'art. 282 al. 1 CC ancien existait déjà et la même commission n'a pas jugé bon de le modifier (106). Il faut bien admettre dès lors qu'il constitue une dérogation à l'art. 280 al. 1 CC ancien et, par là, à l'art. 408 CC (107).

(105) Cf. ROSSEL, I p. 353 ch. 2/b. Et il ajoute en note ceci:

«Cette opinion, en ce qui concerne donations et cautionnements, peut sembler très hasardée au vu de l'art. 408 applicable par analogie en matière d'autorité parentale. Mais l'art. 408 n'a été introduit dans le Code civil qu'au cours du débat parlementaire et on n'aurait vraisemblablement pas voulu empêcher un enfant, qui serait riche, de faire des libéralités ou de souscrire des cautionnements en faveur de ses parents, s'il y avait nécessité et en entourant ces actes des garanties de l'art. 282: la *ratio legis* n'est pas la même.» Cf. aussi EGGER, n. 9 ad 282 CC et HEGNAUER (n. 26 ad 282 CC).

(106) AP I art. 307 p. 151: AP II art. 310 p. 170 (fr); art. 293, p. 170.

(107) SCHIESSER (p. 68 à 74) admet que l'art. 408 CC est applicable aux rapports entre les parents et le mineur. Il admet donc que le mineur ne peut faire des cautionnements ou des donations en faveur des père et mère. Il étend même cette prohibition aux actes qui tendraient à tourner l'interdiction du cautionnement (contrat de garantie ou arrière-caution). De sorte que l'intercession au sens de l'art. 282 CC ancien n'est pour lui que la fourniture des garanties réelles (p. 74). Il voit (p. 68/69) une opération destinée à tourner l'interdiction de l'art. 408 CC dans tous les cas où le mineur supporte le risque d'un entreprise à son nom, gérée par le détenteur de l'autorité parentale, et que le mineur n'a pas acquise par succession ou par donation. En particulier, il tient pour un indice de pareille opération le fait que l'entreprise ait été acquise avec les capitaux du mineur ou que l'entreprise du détenteur de l'autorité parentale soit continuée sous le nom du mineur. Cette position n'a d'intérêt du reste que dans la mesure où Schiesser admet que l'art. 408 CC produit ses effets dans les rapports entre le détenteur de l'autorité parentale et le mineur.

Cf. en général, l'arrêt FAVRE (TF, 2e Cour civile, 24 juin 1937, RO 63 II n° 30 cons. 1 p. 130 à 132). Cet arrêt ne nous paraît pas aller directement contre l'opinion que nous allons soutenir ici, dès lors que le mineur visé dans l'espèce était le frère du débiteur principal. Or, l'art. 272 CC, sur lequel nous nous fondons essentiellement ici, ne parle que des père et mère. En outre, on relèvera que le Tribunal fédéral, dans l'arrêt Rudolf (TF, 2e Cour civile, 16 juin 1939, RO 65 II n° 20 cons. 1 p. 113 ss), considère que toute sûreté, soit personnelle notamment par caution, soit réelle notamment par hypothèque ou nantissement, tombe sous le coup de l'art. 282 ancien CC. Il serait dès lors inconcevable que cette opération fût visée par la prohibition de l'art. 408 CC.

EGGER (n. 14 ad 279 CC) applique l'art. 408 CC au mineur, sous réserve des opérations visées à l'art. 282 ancien CC en faveur des père et mère.

Cf. HEGNAUER (n. 26 ad 282 CC) et EGGER (n. 9 ad 282 CC).

Enfin, on peut à bon droit penser que la possibilité pour le mineur, moyennant les précautions prévues par l'art. 282 CC ancien, de procurer son crédit à ses père et mère peut être justifiée par le devoir d'entraide établi par la loi à la charge de l'enfant et au

Le Tribunal fédéral (TF, 2e Cour civile, 16 juin 1939, RUDOLF RO 65 II n° 20 cons. 1 p. 113) admet sans discussion que le mineur puisse cautionner ses père et mère, sous réserve de l'art. 282 ancien CC, réserve qui n'a aucune pertinence ici.

Que l'intercession soit possible, c'est démontré par l'hypothèse classique qu'examinent les auteurs, dans laquelle la succession à laquelle un mineur est intéressé avec le détenteur de l'autorité parentale comprend une entreprise commerciale à responsabilité illimitée. Nul ne s'avise de dire qu'une pareille société est prohibée entre le mineur et le détenteur de l'autorité parentale. Or, il s'agit bien d'une forme d'intercession.

Pour la Division fédérale de justice, la constitution d'un gage immobilier sur les biens d'un mineur en faveur du détenteur de l'autorité parentale est en principe interdite parce que cela compromet la substance du patrimoine et qu'un tel acte excède les pouvoirs impliqués dans la jouissance du patrimoine au sens de l'art. 292 ancien CC (ZBGR 20 n° 45 p. 52). Sous une forme aussi péremptoire, l'affirmation nous paraît insoutenable, d'abord pour les raisons que nous exposons ici même, ensuite parce que: 1° que vient faire ici la jouissance légale? Créer un gage immobilier, c'est faire un acte d'administration — la Division fédérale de justice le dit d'ailleurs deux lignes plus bas —; la Division fédérale de justice veut-elle dire que les parents n'administrent que dans les limites de leur jouissance légale — à supposer que cette affirmation ait un sens — ? 2° Si maintenant on admet — et on le doit — que la création d'un gage immobilier est un acte d'administration, qu'un tel acte est possible lorsque l'intérêt du mineur le commande (ce que la Division fédérale de justice admet), quel autre motif de l'exclure lorsque, l'intérêt du mineur étant sauf, ce qui est créé l'est dans l'intérêt des parents, sinon que l'intercession en faveur des père et mère est interdite au mineur? Or, cette intercession ne l'est pas.

Le mineur peut engager ses immeubles au profit du détenteur de la puissance parentale, selon la Direction de la justice du canton de Berne (ZBGR 14 n° 19 p. 89 ch. 2). Même avis de la Cour d'appel de Berne, in ZBGR 14 n° 20 p. 90 ch. 3.

Tombe sous le coup de l'art. 282 CC ancien le cas du détenteur de l'autorité parentale qui emprunte à un tiers en donnant une garantie hypothécaire grevant l'immeuble de son enfant, mais dans son propre intérêt (Cour d'appel de Berne, in SJZ 25, p. 386, n° 245). Autre exemple: Un père emprunte en hypothéquant les immeubles de son fils mineur (SJZ 15/1918/19, p. 386 n° 245). La deuxième Chambre civile de la Cour d'appel du canton de Berne ne songe pas une minute à déclarer l'acte nul: elle le soumet à l'art. 282 CC ancien alors qu'il s'agit d'un acte d'intercession typique.

Tombe sous le coup de l'art. 282 CC ancien l'acte par lequel le mineur fournit une garantie pour une dette contractée par son père ou sa mère, que ce soit un cautionnement ou une promesse de garantie ou encore une garantie réelle par constitution de gage mobilier ou immobilier (Tribunal fédéral RO 65 II 110; ZBGR 36 n° 19 p. 114; Service juridique du Registre foncier valaisan, ZBGR 50 n° 29 considérant 1 p. 244).

Le Conseil d'Etat du canton de Berne autorise le mineur à hypothéquer un immeuble dont il est propriétaire en main commune avec le détenteur de l'autorité parentale pour garantir une dette qu'il a contractée solidairement avec lui. Ce qui est un acte d'intercession, au moins pour partie, en faveur du détenteur de l'autorité parentale (ZBGR 36 n° 8 p. 64).

Pour BOZER, l'art. 282 ancien CC n'est pas une exception à 408 CC (p. 34). (Cf. cependant id., p. 34 n. 1.)

profit des père et mère par l'art. 272 CC (107*bis*). Plus particulièrement, si en vertu de l'art. 320 al. 2 CC le mineur peut être appelé à faire les frais de son propre entretien, *a fortiori* pourrait-on admettre qu'il puisse procurer son crédit, non pas seulement pour ce même entretien, mais pour d'autres besoins qui appellent l'aide «qu'exige l'intérêt de la famille».

Ces raisons nous amènent à faire une distinction qui nous paraît justifiée par la position réciproque des trois articles en cause: l'intercession, la donation et la fondation, aux dépens du mineur, sont interdites en principe; elles sont autorisées en faveur des père et mère, en vertu du principe d'entraide réciproque de l'art. 272 CC, par exception à la règle générale (108).

(107*bis*) Dans ce sens, semble-t-il, HEGNAUER (n. 84 ad 290 CC).

(108) Plus restrictif, SCHIESSER (p. 93) admet toutes les formes d'intercession, sauf le cautionnement, en application de l'art. 408 CC, et les actes destinés à éluder l'interdiction du cautionnement.

Contra, semble-t-il, KAUFMANN, qui relève que l'interdiction est absolue quelle que soit la personne favorisée (5 ad 408 CC).

Pour nous, constatant avec LECOULTRE (RDT 1964 p. 10 ch. 11) que le mineur peut être membre non seulement d'une société en commandite ou d'une société anonyme, mais aussi d'une société en nom collectif ou d'une société à responsabilité illimitée (cf. n. 107) — mais à condition, lorsque la responsabilité est illimitée, qu'il s'agisse de l'espèce d'intercession que nous y voyons en faveur des père et mère —, l'entrée d'un mineur dans une société en nom collectif peut être autorisée avec une responsabilité illimitée dans la mesure où le mineur intercède sous cette forme pour ses père et mère.

Si l'on admet comme nous que l'art. 408 CC prohibe toute espèce d'intercession ou d'intervention du mineur, *a contrario*, en faveur des père et mère, tout acte d'intercession ou d'intervention est autorisé, aux conditions légales. Ainsi, nous paraît-il contradictoire d'interdire au mineur sous autorité parentale de faire un cautionnement (TF, in RO 63 II 129), mais d'autoriser le père à grever l'immeuble du mineur d'une hypothèque qui garantit l'emprunt qu'il fait. On ne voit pas, en effet, quelle différence de traitement justifie qu'on interdise au mineur de cautionner et de grever tout son patrimoine en faveur du détenteur de l'autorité parentale, tout en l'autorisant, à cette même fin, à grever ses immeubles. On ne peut pas dire que cette position brille par la cohérence, le danger n'étant pas moindre dans les deux cas. Au surplus, on voit mal comment, lorsque de justes motifs existent, le mineur ne pourrait pas par exemple faire une donation à ses père et mère en les tenant quittes d'une contribution d'entretien, alors que pour des motifs d'une même valeur, les parents pourraient le plus licitement du monde, en application de l'art. 320 al. 2 CC, entamer le capital du mineur pour fournir les prestations dues. Là encore, on saisit mal quelle cohérence peut exister dans la position ainsi adoptée. Néanmoins, LECOULTRE, in RDT 1964 p. 8 et 9, ne fait aucune observation sur la jurisprudence et la doctrine qu'il expose ainsi.

Section 2: La portée objective de la prohibition

§ 1. Quant au patrimoine

Quel est le patrimoine visé par la prohibition de l'art. 408 CC? On sait que celui du mineur comprend différentes espèces, à savoir les biens administrés par les parents, d'une part, d'autre part, les biens libérés de leur administration, à savoir les biens libérés proprement dits, visés par les art. 321 et 322 CC, le salaire du mineur et son fonds professionnel (323 CC).

Pour le fonds professionnel et le revenu du travail, il n'y pas de difficulté. La jouissance et l'exercice des droits civils du mineur sous autorité parentale sont identiques à ceux du mineur sous tutelle (art. 305 al. 2 CC). Or, le mineur auquel l'exercice d'une profession ou d'une industrie est expressément ou tacitement permis par le tuteur peut faire tous les actes qui entrent dans l'exercice régulier de cette profession ou de cette industrie (art. 412 CC). Encore faut-il évidemment que donation, fondation ou cautionnement soient liés à l'exploitation de l'industrie ou de la profession à laquelle le fonds professionnel est affecté (109). En dehors de cette limitation, l'interdiction reprend sa force.

C'est ainsi que l'exception cessant, le principe reprend son empire et c'est pourquoi les biens libérés sont soumis à l'interdiction de l'art. 408 CC. Le mineur ne retrouve en effet la jouissance complète des droits civils que dans les limites de l'art. 412 CC. Peu importe que les père et mère administrent ou non, puisque l'interdiction, on l'a vu, n'est pas seulement une limitation au pouvoir d'administration du représentant légal, mais une restriction de la jouissance des droits civils en la personne du mineur.

L'art. 408 CC ne vise, dans le patrimoine du mineur, que la fortune, ou le capital si l'on préfère, mais non les revenus (109*bis*). Cela n'apparaît pas dans le texte français et le texte allemand de l'art. 408 CC. La version italienne est très claire à ce sujet puisqu'elle prohibe les actes énumérés par la disposition en cause et *a carico della sostanza*. Cela se comprend parfaitement; la règle en matière de gestion du patrimoine du mineur est que ce patrimoine ne croisse ni ne décroisse, ce qui postule qu'à la fin de l'administration le capital sera intégralement restitué, à moins qu'il

(109) Rossel, I p. 455; Kaufmann, n. 12 ad 408 CC; Egger, n. 13 ad 408 CC.

(109*bis*) Cf. la remarque de Silbernagel qu'une donation ne tombe pas sous la prohibition de l'art. 408 CC lorsqu'elle est prise sur les revenus du mineur et non sur son capital (n. 14 ad. 279 CC).

ne s'agisse du capital représentatif de l'entretien, auquel cas il devra être intégralement affecté aux besoins du mineur — et non aux actes visés par l'art. 408 CC —.

§ 2. Quant aux opérations

A. *Les libéralités*

Etant donné que la *ratio legis* de la loi est d'empêcher tout appauvrissement du mineur, il faut entendre par libéralité tout acte qui diminue l'actif du mineur (acte de disposition) ou qui augmente son passif (acte d'obligation) et ce, sans contrepartie (110). On a nié que la prohibition de l'art. 408 CC s'étendît à la renonciation à des sûretés (111) personnelles ou réelles en faveur du mineur. Cela nous paraît erroné: de pareilles sûretés sont constituées par un droit réel restreint (gage immoblier ou mobilier) ou par une obligation envers le mineur (caution, notamment). Or, renoncer à un droit réel ou personnel, c'est diminuer son actif.

Les mêmes règles s'appliquent d'ailleurs, pour la partie pertinente, à la donation mixte, c'est-à-dire à l'acte d'attribution dont une partie est faite *credendi* ou *solvendi causa*, et l'autre dans une intention libérale. L'interdiction vise aussi la donation avec clause de retour (art. 247 CO); cette dernière opération ne laisse pas en effet d'appauvrir le mineur sans contrepartie, quand bien même cet appauvrissement est limité au temps durant lequel le donataire vivra.

On aboutit ainsi à analyser en libéralités prohibées des actes de disposition (112) (s'ils n'ont pas de contrepartie patrimoniale) tels

(110) Pour Hefti (p. 157) la libéralité n'est ni plus ni moins que ce qui est défini à l'art. 239 CO.

Cf. les exemples donnés par Rossel (I p. 354): remise de dette, mainlevée d'une hypothèque attachée à une créance du mineur contre les parents, avant le paiement.

(111) Dans ce sens, Hefti (p. 157). Rossel, au contraire (I, p. 452) assimile aux donations la renonciation à une hypothèque.

(112) Cf. Rossel (I p. 452) qui assimile aux donations la remise de dette, la renonciation gratuite à une prescription acquise, à des hypothèques, à des servitudes. Egger (n. 5 ad 408 CC) tient pour une libéralité la renonciation sans contrepartie à des droits subjectifs. Est aussi un tel acte le fait de céder gratuitement l'usage d'une chose ou de prêter sans intérêt (Specker, RDT 1949 p. 85/86). Pour nous, la reconnaissance d'un enfant par celui qui n'est pas le père, n'ayant dès lors pas d'autre cause qu'une intention libérale, est une donation, vu les engagements financiers entraînés par la reconnaissance. Specker (RDT 1949 p. 87) est d'un avis contraire, parce que selon lui ces obligations financières naissent de la loi une fois la reconnaissance posée, comme dans le mariage. Non pas selon nous: les deux situations ne sont pas assimilables. La situation du père résulte d'un acte de volonté ou du jugement qui en tient lieu, en cas de filiation hors mariage.

que le transfert de la propriété ou d'un droit réel restreint, y compris les actes d'intervention, par lesquels on paie la dette d'autrui, la renonciation à une servitude, la cession de créance, la remise de dette (113), y compris la renonciation à des sûretés personnelles, la renonciation à opposer la prescription (114), la renonciation à un droit réel, et notamment à des sûretés réelles (115), tels que les actes d'obligation, ainsi la stipulation pour autrui, dont un cas particulier est la clause bénéficiaire en matière d'assurance des personnes. Un acte de cette espèce est une stipulation pour autrui faite à titre de libéralité entre vifs lorsque l'événement assuré n'est pas la mort du preneur, et à titre de libéralité pour cause de mort dans le cas contraire (116). Il en résulte que lorsque le preneur est le mineur,

(113) Ainsi ROSSEL, I page 452.

(114) Ainsi ROSSEL, I page 452.

(115) Ainsi ROSSEL, I page 452.

(116) Dans ce sens, EGGER (n. 10 ad 282 CC). HEGNAUER (n. 28/29 ad 282 CC) voit au contraire un acte d'intercession dans la conclusion par le mineur d'un contrat sur sa propre vie, avec clause bénéficiaire en faveur des parents. Font exception les cas où les parents sont obligés à payer les primes ainsi que les contrats d'assurance-vie, d'assurance-mort ou mixtes, sans clause bénéficiaire. La question de l'assurance-vie nous semble devoir être ainsi résolue: 1. l'assurance-vie n'intéresse le patrimoine du mineur que dans les deux cas suivants:

1.1 le mineur est le preneur (peu importe qui est bénéficiaire). En ce cas il s'oblige. Passer le contrat est un acte d'administration qui relève du détenteur de l'autorité parentale. 1.2 il est bénéficiaire et non preneur (sinon on retombe dans le cas 1.1). Dans cette hypothèse, le mineur reçoit une libéralité pure et simple, au sens de l'art. 19 al. CC, laquelle n'encourt aucune prohibition; il est possible cependant au détenteur de l'autorité parentale, en application de l'art. 241 al. 2 CO, de défendre d'accepter la désignation. Cela ne suffit cependant pas à faire de ce cas une opposition d'intérêts, à moins que le détenteur de l'autorité parentale ne soit intéressé à la révocation, en ce sens qu'il deviendrait par hypothèse bénéficiaire subsidiairement au mineur. En ce cas seulement, il y aurait lieu d'appliquer l'art. 392 ch. 2 CC.

2. la désignation d'un bénéficiaire au sens de l'art. 74 LCA est-elle un droit strictement personnel? Oui, selon le Tribunal fédéral, qui dans un arrêt de 1915 (RO 41 II 555) déclare que le droit de désigner un bénéficiaire est analogue au droit de tester, donc strictement personnel, et qu'un tuteur ne peut, par conséquent, désigner un bénéficiaire pour son pupille capable de discernement. D'une part, en effet, selon le Tribunal fédéral, la désignation d'un bénéficiaire obéit à des motifs strictement personnels, d'autre part, il s'agit (ou plutôt il s'agissait dans ce cas d'espèce) d'un acte qui s'analyse comme une disposition à cause de mort (cf. BAUMANN, RDT 1956, p. 10/11).

LECOULTRE (RDT 1964 p. 13) critique l'arrêt du Tribunal fédéral en faisant remarquer, d'une part, qu'il ne s'est pas demandé ce qui se passe lorsque le pupille est incapable de discernement, toute clause bénéficiaire en faveur des parents devenant impossible si l'on se conforme à cette jurisprudence. En l'absence de cette clause, remarque-t-il encore, les parents, qui sont normalement les seuls héritiers de leur enfant, recevraient tout de même la somme assurée en cas de décès de celui-ci, le résultat serait donc le même. C'est pourquoi, selon lui, l'autorité tutélaire peut accepter cette clause à condition qu'elle ne s'applique pas si l'enfant est vivant à l'échéance, afin qu'il reçoive lui-même la somme et qu'elle soit révocable pour que, devenu majeur, il puisse en

aucune autre personne ne peut être désignée dans une clause bénéficiaire lorsque l'événement assuré n'est pas la mort du mineur, mais la mort d'un tiers, la vie du mineur à telle date, la vie ou la mort du

établir une autre en faveur de sa femme et de ses enfants. Il ajoute: «nous sommes bien obligés de constater que dans ce domaine il y a discordance entre les principes et la pratique et qu'à Genève, en tout cas, les compagnies assurent les enfants sans requérir la nomination d'un curateur».

En fait, on peut discuter les motifs du Tribunal fédéral. Il est constant que la cause de l'acte de disposition que constitue la désignation d'un bénéficiaire d'assurance est l'intention libérale de l'auteur, dans le cas où l'événement assuré est la mort d'un tiers ou la vie du mineur, ou encore dans le cas d'une assurance mixte. Dans la mesure où l'acte éminemment personnel est déduit des motifs éminemment personnels de l'intention libérale, il reste que l'intention libérale est présente là comme ailleurs, de sorte qu'un traitement différencié est incompatible avec les autres formes de libéralité. Ce qui revient à dire que les motifs éminemment personnels ne sont d'aucune pertinence et que la désignation d'un bénéficiaire, lorsque l'événement assuré est la vie du mineur, la vie d'un tiers, ou le cas d'assurance mixte, est une stipulation pour autrui pure et simple résultant d'un intention libérale et qu'il n'y a pas lieu de le considérer comme un acte éminemment personnel. Dans le cas, en revanche, de l'assurance où l'événement assuré est la mort du mineur, supposé preneur, il y a là, mais seulement dans ce cas, une disposition à cause de mort.

Cela crée immédiatement quelques difficultés: en disposant à cause de mort et à titre particulier par contrat d'assurance, le mineur est dispensé d'observer les règles de forme visées par l'art. 245 al. 2 CO mais *quid* des règles de capacité? En d'autres termes, faut-il interdire au mineur de désigner un bénéficiaire dans un contrat d'assurance lorsque ce faisant il dispose à cause de mort à titre particulier avant qu'il n'ait atteint l'âge (18 ans) auquel il peut disposer à cause de mort à titre universel, en appliquant par analogie l'art. 467 CC? Nous répondons par l'affirmative car: 1° le mineur ne peut léguer avant 18 ans (art. 467 CC); 2° ni en particulier faire un legs d'assurance: par quelle raison dérogerait-on à la règle générale? 3° ni par conséquent, désigner un bénéficiaire dans un contrat d'assurance-vie, lorsque la clause doit s'analyser comme libéralité à cause de mort, parce qu'une telle disposition est assimilable à un legs d'assurance. Ajoutons que le droit de disposer de ses biens à cause de mort à titre universel ou particulier est un droit éminemment personnel, que dès lors nul ne peut faire en lieu et place du mineur, non pas même son représentant légal. Dans ces conditions, nous admettons que ni le mineur avant 18 ans ni son représentant légal ne peuvent désigner un bénéficiaire lorsque la libéralité s'analyse en une disposition à cause de mort.

En définitive, lorsque le mineur est preneur et que c'est son décès qui est l'événement assuré, il n'est pas possible d'établir une clause bénéficiaire, attendu que le droit de désigner un bénéficiaire dans cette hypothèse est une disposition à cause de mort, laquelle ne peut être faite par un représentant du mineur, ni par le mineur lui-même avant l'âge de dix-huit ans (art. 467 CC). Ainsi que le remarque LECOULTRE (RDT 1964 p. 13) il est exact que si le pupille est incapable de discernement, il ne sera pas possible, toujours dans l'hypothèse que nous visons, de désigner un bénéficiaire.

Il en va tout autrement lorsque l'assurance-vie vise, comme événement assuré, la mort d'un tiers, la vie du mineur à telle date, ou qu'il s'agisse d'une assurance mixte. Dans ce cas, la désignation du bénéficiaire tombe sous le coup de l'art. 408 CC à la condition évidemment que le montant des primes soit prélevé sur le capital du mineur. Comme il s'agit d'une libéralité, elle est à notre avis possible lorsque les bénéficiaires sont les père et mère, et ce en considération de l'art. 272 CC. En revanche, l'art. 408 CC reprend tout son poids et la désignation d'un tiers (qui ne serait par conséquent ni

mineur à telle date (assurance mixte) dans la mesure où il est disposé du capital assuré en cas de vie, sauf l'exception en faveur des père et mère.

le mineur lui-même ni ses père et mère) est absolument prohibée. A supposer maintenant que la clause bénéficiaire se fasse en faveur des parents, il est évident que ces derniers sont suspendus du droit de faire cet acte d'administration et qu'il convient de désigner un curateur en application de l'art. 392 ch. 2 CC (ainsi LECOULTRE, RDT 1965 p. 13).

KÖNIG raisonne ainsi en la matière:

1° Si le détenteur de l'autorité parentale est preneur et que l'événement assuré soit le décès du mineur, il faut le consentement écrit du représentant légal de ce dernier, le détenteur de l'autorité parentale (art. 74 al. 1 LCA). En pareil cas, il faut désigner un curateur au sens de l'art. 392 ch. 2 CC parce que le détenteur de l'autorité parentale ne peut donner le consentement prévu par l'art. 74 al. 1 LCA. Nous aimerions bien savoir pourquoi: dès lors que, le patrimoine du mineur n'étant grevé, par le fait de ce consentement, d'aucune charge ou obligation quelconque, le mineur ne s'appauvrit pas. Dans ces conditions, il nous paraît qu'il n'y a aucune opposition d'intérêts au sens de l'art. 392 ch. 2 CC.

2° Si le mineur est preneur, le détenteur de l'autorité parentale agit en son nom sans le concours des autorités de tutelle (art. 279 CC ancien). Néanmoins, le détenteur de l'autorité parentale ne peut se désigner lui-même comme bénéficiaire: il y a opposition d'intérêts et il faut désigner un curateur au sens de l'art. 392 ch. 2 CC pour consentir cette clause. De même, l'art. 282 CC ancien est applicable si le mineur doit céder au détenteur de l'autorité parentale la prétention découlant du contrat d'assurance ou si elle est cédée à un tiers au profit des père et mère, mais non dans les autres cas. König nous paraît oublier que, la désignation d'un bénéficiaire en cas d'assurance à cause de mort du mineur, lorsque celui-ci est preneur, étant une disposition à cause de mort à titre particulier, seul le mineur peut disposer et nul autre à sa place: il n'y a pas, même avec un curateur au sens de l'art. 392 ch. 2 CC, moyen de faire en ce cas une clause bénéficiaire au profit de quiconque, soit le père ou la mère. Pour le reste, nous approuvons sa position.

La Division de justice du Département fédéral de justice et police a fait les distinctions suivantes, dans un avis de droit publié in SJZ 32/1935/36, p. 47 n° 10: 1° en cas d'assurance mixte, on ne peut parler de clause bénéficiaire en faveur des parents et d'attribution en leur faveur à titre gratuit du seul fait que les parents peuvent retirer un profit, le cas échéant, de la prestation de l'assureur, promis à l'enfant, ainsi par exemple lorsque le capital assuré doit servir — en cas de vie — à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ou à la constitution d'une dot. En effet, dans cette hypothèse, le capital assuré entre dans le patrimoine du mineur et les parents n'ont de prétentions sur cette somme qu'aux condition de l'art. 272 al. 2 CC ancien et dans les limites de cet article. Pareillement, en cas de mort, supposé que les père et mère soient uniques héritiers et non déshérités, ils ont droit à la somme du chef de leur qualité de successibles. Tout cela est sans rapport avec le contrat d'assurance lui-même. 2° En revanche, lorsqu'il y a clause bénéficiaire irrévocable, il y a un avantage en faveur des père et mère qui justifie l'application de l'art. 282 CC ancien. Ce raisonnement prouve bien que l'enfant peut faire des libéralités en faveur des père et mère. Cela ne serait pas, si l'art. 408 CC s'appliquait aux rapports entre ces derniers et le mineur.

HEGNAUER (n. 28/29 ad 282 CC) voit au contraire un acte d'intercession dans la conclusion par le mineur d'un contrat sur sa propre vie, avec clause bénéficiaire en faveur des parents. Font exception les cas où les parents sont obligés à payer les primes ainsi que les contrats d'assurance-vie, d'assurance-mort ou mixtes, sans clause bénéficiaire. Cf. aussi EGGER (n. 10 ad 282 CC).

Echappe en revanche à la prohibition le fait de renoncer à un droit avant de l'avoir acquis (117), ce qui ne fait aucune difficulté, puisque l'on ne saurait s'appauvrir en renonçant à un droit que l'on n'a pas; le fait de répudier une succession (118), ce qui résulte déjà de l'art. 422 ch. 5 CC, car l'opération ne pourrait appeler l'approbation de l'autorité de surveillance si elle était absolument interdite; l'accomplissement d'un devoir moral. Il ne s'agit pas ici de libéralités entre vifs (art. 239 al. 2 et 3 CO) (119).

Les dispositions pour cause de mort et les donations de peu de valeur échappent également à la prohibition parce que, tout en étant des libéralités, elles n'appauvrissent pas le mineur dans le sens qui doit se déduire de la *ratio legis*. Si la disposition à cause de mort n'est pas prohibée, ce qui résulte amplement des travaux préparatoires, c'est que le lien exclusif d'affectation du patrimoine du mineur à la personne de celui-ci, fondement de l'interdiction, n'a de sens, évidemment, que s'il est vivant (120).

La conséquence en est en particulier que lorsque le preneur est le mineur et que l'événement assuré est son décès, la désignation d'un bénéficiaire ne se heurte pas à la prohibition de l'art. 408 CC. Cependant, cet acte étant éminemment personnel (121) comme tout acte à cause de mort, ne pourra être fait que par l'enfant, s'il a le discernement voulu, et en aucun cas par le titulaire de l'autorité parentale.

Quant aux donations de peu d'importance (122) (ce qui s'apprécie selon le capital et les besoins du mineur, et même compte tenu de ses revenus, puisqu'ils sont affectés à son entretien), on se demande si cela a un sens pour ce qui concerne le mineur sous

(117) Egger, n. 7 ad 408 CC.

(118) Egger, n. 7 ad 408 CC et Hefti, p. 157.

(119) Egger, n. 7 et 12 ad 408 CC; Kaufmann, n. 7 et 8 ad 408 CC; Curti-Forrer, n. 5 ad 408 CC. Sur le devoir moral, cf. Specker, in RDT 1949, p. 81 ss.

(120) Ainsi Kaufmann, n. 5 ad 408 CC; Egger, n. 3 ad 408 CC.

(121) Cf. Egger, n. 5 ad 408 CC et l'arrêt publié au RO 41 II p. 556.

(122) Exemple d'une donation de peu de valeur au sens de l'art. 408 CC, selon le Conseil d'Etat du canton de Berne (ZBGR 31 n° 10 p. 32): un château assuré contre l'incendie pour 96000 francs en chiffres ronds, des dépendances, dont une grange assurée pour 58000 francs, et une écurie assurée pour 5000 francs; le tout estimé fiscalement 253000 francs, alors que les revenus qu'on peut tirer de l'ensemble sont misérables vu son état — et qu'ainsi ils ne permettent pas d'entretenir les *sept* bâtiments ni de payer les primes d'assurance-incendie et les impôts et autres charges publiques (ce qui a peut-être aidé le Conseil d'Etat du canton de Berne dans son appréciation c'est que, *in casu*, la propriétaire donnait le château à sa nièce et s'y réservait pour elle et son mari un droit d'habitation: remarquons qu'un contrat d'entretien viager — art. 422 ch. 4 CC — eût abouti au même résultat).

autorité parentale, puisque la plupart du temps, ces donations sont très souvent de pures et simples libéralités de convenance comme on en a déjà parlé; en pratique, de pareilles libéralités, étant courantes, sont liées la plupart du temps aux revenus du mineur. On voit mal qu'une donation de peu d'importance fût prise sur son capital, s'il a des revenus suffisants (122*bis*).

B. *Les fondations*

Les fondations (art. 80 à 89*bis* CC) consistent à affecter un capital à un but spécial, ce qui revient à créer un patrimoine distinct de celui du mineur. Il s'agit donc bien d'un appauvrissement (123). C'est le cas, même si, par exemple, le fonds a pour but l'obligation de fournir des aliments au mineur (124).

C. *L'intercession*

Il convient tout d'abord de définir l'étendue objective de l'art. 408 CC, en tant qu'il prohibe les cautionnements. En effet, il y a deux réponses possibles: ou bien l'article s'interprète restrictivement (125), le cautionnement seul étant interdit, des opérations telles que le gage immobilier, le nantissement, la reprise de dette ou

(122*bis*) Cf. HEFTI, p. 157/158. On peut concevoir aussi des attributions en nature (par exemple en travail); cf. SPECKER, RDT 1949 p. 85: elles devraient normalement être rémunérées selon le cours ordinaire des choses.

(123) Etant bien entendu que, comme pour les libéralités, est valide la fondation créée à cause de mort (KAUFMANN, n. 5 et 10 ad 408 CC; EGGER, n. 9 ad 408 CC).

(124) ROSSEL, I p. 452; KAUFMANN, n. 10 ad 408 CC; EGGER, note 9 ad 408 CC, qui relève à juste titre que certaines fondations (pour des buts charitables) ont un caractère de libéralité.

(125) L'opinion restrictive est représentée par CURTI-FORRER (n. 3 ad 408 CC) qui fait passer sous la prohibition le cautionnement et l'arrière-caution, mais non le cautionnement qui n'impose pas de charges au pupille, ni la mise en gage de meubles ou immeubles pour les dettes de tiers; par KAUFMANN (note 6 ad 408 CC), pour qui la prohibition vise le cautionnement, apparent ou occulte, l'arrière-caution mais, faute de caractère aléatoire, non pas la constitution de gages et la reprise de dette (il se réfère aux débats devant les Chambres où il a été exposé que le cautionnement pourrait être remplacé par un dépôt ou la constitution de gages) (BS CN 17, 284 et 287; mais on se rend compte que les débats aux Chambres sur cet objet ont été relativement confus); par EGGER (n. 4 ad 408 CC) pour qui l'art. vise le cautionnement au sens des art. 495 à 498 CO ou la reprise de dette, si elle s'analyse comme un cautionnement, mais non pas la constitution de gages ou l'emprunt dans l'intérêt de tiers. SCHIESSER (p. 93) admet toutes les formes d'intercession, sauf le cautionnement, en application de l'art. 408 CC, et les actes destinés à éluder l'interdiction du cautionnement.

l'aval de change étant licites. Cette opinion a pour elle la lettre de l'art. 421 ch. 1, 2, 4 et 5 CC; en effet, nulle distinction n'est faite entre la garantie dans l'intérêt du pupille ou dans l'intérêt d'un tiers. Ou bien l'art. 408 CC s'applique dans son esprit. Or, cette disposition, on l'a vu, tend à éviter l'appauvrissement sans contrepartie du pupille et, pour le cas qui nous occupe, le risque d'appauvrissement. Or, le risque est égal, quelle que soit la forme de la garantie. Dans ce sens, il y a une contradiction radicale entre l'art. 408 et l'art. 421 ch. 1, 2, 4 et 5 CC, si l'on prend ces dernières dispositions à la lettre. Le seul moyen de le lever, c'est d'interpréter les chiffres 1, 2, 4 et 5 de l'art. 421 CC à la lumière de l'art. 408 et de n'admettre que la mise en gage dans l'intérêt du pupille, c'est-à-dire pour une obligation qu'il contracte. Quant à l'art. 421 ch. 5 CC, il ne viserait que l'engagement de change en qualité d'accepteur. Dans ce sens, l'art. 408 CC prohiberait toute forme d'intercession ou d'intervention du mineur (126). Nous en tirons, les opinions exprimées au cours des travaux préparatoires étant trop contradictoires pour avoir une valeur décisive, que toutes les formes d'intercession sont prohibées, qu'il s'agisse de la constitution de sûretés personnelles (caution simple, solidaire, conjointe, certificat de caution, arrière-caution), y compris les formes qui, tout en revêtant l'apparence d'un acte générateur de dette *(Schuld)* ont en réalité une fonction de garantie *(Haftung)*: solidarité, reprise cumulative de dette, dépôts, etc.; ou de sûretés réelles: hypothèques, cédules hypothécaires, lettres de rente, nantissement, y compris la fiducie. Leur caractéristique commune est dans le risque d'appauvrissement sans contrepartie et cela suffit.

Section 3: Conclusion

En résumé, l'art. 408 CC prive le mineur de la faculté de faire, sur tout son patrimoine, à l'exception du fonds professionnel et de son salaire et au profit d'autres personnes que ses père et mère, des libéralités entre vifs, sous réserve des exceptions visées à l'art. 239 CO ou exprimées au texte, des fondations, ou des actes d'intercession ou d'intervention, quel qu'en soit le mode juridique.

(126) Hefti (p. 156) étend la portée de la prohibition à toutes les opérations analogues au cautionnement ou destinées à en tenir lieu.

TITRE SECOND

La mesure vise le détenteur de l'autorité parentale

Chapitre premier

La surveillance de l'autorité

Section unique : L'inventaire imposé au détenteur unique de l'autorité parentale (art. 318 al. 2 CC) (127)

§ 1. La portée objective de l'article

Toute anomalie dans la fonction familiale qui constitue l'autorité parentale motive l'intervention de l'autorité tutélaire (128). Elle peut avoir trait à la finalité de ce pouvoir, lorsque celui-ci est détourné de son but ou risque de l'être, d'où l'application des art. 324 ou 392 CC notamment ; il peut s'agir aussi d'une anomalie dans l'institution familiale elle-même, lorsque après la dissolution du mariage un seul des époux exerce l'autorité parentale, ou qu'il n'y a pas de mariage et qu'un seul des parents en est revêtu. Dans un cas comme dans l'autre, le devoir d'aide, de conseil et d'assistance (cf. 159 al. 3 et 161 al. 2 CC), le devoir réciproque de pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants (art. 159 al. 2 CC), le contrôle réciproque des parents cessent d'exister ou n'ont pas lieu. Celui qui est seul titulaire de l'autorité parentale en

(127) Sur les dispositions cantonales complémentaires à l'art. 291 CC ancien, nous renvoyons à l'énumération de Tenchio (p. 71 à 81).

(128) On ne peut donc admettre qu'avec réserve l'opinion de Schiesser (p. 25) selon qui l'art. 291 CC ancien est fondé sur la dissolution du mariage en ce sens que cette dissolution marque la fin du contrôle réciproque auquel les époux peuvent se livrer pendant le mariage, contrôle qui est remplacé par celui de l'autorité tutélaire. Dans la théorie de la «surveillance générale» de l'autorité tutélaire sur le patrimoine du mineur, ce contrôle des époux entre eux n'est pas remplacé, mais donne lieu à l'extension d'une surveillance préalablement existante (sur ce point, cf. Schiesser p. 25 n. 4).

est privé (129). Pour ce motif, la loi attache au fait qu'un seul des père et mère exerce l'autorité parentale la présomption d'un danger pour le patrimoine du mineur, qui justifie l'intervention de l'autorité tutélaire (130).

Cette considération avait fait admettre que, l'art. 291 CC visant tous les cas où le détenteur de l'autorité parentale est unique, il convenait d'étendre son application, non pas au seul cas où c'est par suite de la dissolution du mariage que l'un des parents demeure seul détenteur, mais à toutes les hypothèses où, dès l'origine, il n'y a jamais qu'un seul titulaire. A cet égard, l'art. 318 al. 2 CC est encore plus clair, de sorte que cette disposition s'applique

— au cas de dissolution du mariage par décès, divorce ou nullité (131) ou en cas d'absence prononcée de l'un des titulaires de l'autorité parentale (132);

— au cas d'adoption d'un mineur par une seule personne (132*bis*);

(129) C'est le motif avancé par TENCHIO, ch. 2 p. 16/17. Cette idée est celle de HEGNAUER (n. 5 ad 291 CC) et de EGGER (n. 1 ad 291 CC).

BOZER (p. 68/69) relève aussi que le but de l'art. 291 CC ancien est de remédier à la perte de l'aide et de la surveillance mutuelles survenues par la dissolution du mariage.

(130) TENCHIO (p. 65) remarque aussi que dès la dissolution du mariage, l'administration des biens du mineur est soumise à une certaine surveillance de l'autorité de tutelle. Pour lui, en pareil cas, l'autorité de tutelle se substitue au mineur lorsqu'il s'agit de rendre compte de l'administration du patrimoine. Cela nous paraît exagéré, mais indique bien le sens de l'action de l'autorité de tutelle.

(131) Dans ce sens, HEGNAUER (n. 7 ad 291 CC). C'est l'avis de la rédaction de la RDT (in RDT 1961 p. 38). TRÜB (p. 56-57) signale que l'inventaire est dû non seulement en cas de décès, mais aussi en cas de divorce. Pour le préfet II de Berne, l'art. 291 CC ancien s'applique aussi au conjoint divorcé (RDT 1952 n° 33 p. 134 considérant 1 p. 136) — TENCHIO, p. 61 ch. III est aussi dans notre sens. Même énumération que nous dans SPITZER, in RDT 1955 p. 3. Dans notre sens aussi, SCHIESSER (p. 28), CURTI-FORRER, n. 1 ad 291 CC et SILBERNAGEL, n. 11 ad 291 CC.

Pour BOZER (p. 68), l'art. 291 ancien CC trouve son application quelle que soit la cause de dissolution du mariage (décès, absence, divorce, nullité).

(132) Dans ce sens, TENCHIO, p. 61 ch. III — SCHIESSER (p. 30) dit qu'il faut attendre la dissolution du mariage ensuite du prononcé d'absence. Il relève que si le besoin d'information de l'autorité de tutelle est le même qu'en cas de décès, il se fonde sur le fait que les dispositions restrictives de l'autorité parentale ne peuvent pas être entendues dans un sens extensif et que le texte de l'art. 291 ancien CC est clair. Ces arguments ne sont pas décisifs. L'esprit de l'article est de placer sous surveillance l'administration du détenteur de l'autorité parentale demeuré unique. Quant à l'interdiction d'une interprétation extensive, c'est dans les limites de l'intérêt du mineur. Comme la titularité unique de l'autorité parentale est une anomalie, et que la loi présume ce danger, à titre exemplaire à notre avis, en cas de décès de l'un des parents, une interprétation extensive est fondée sur un terrain solide. Dans ce sens, HEGNAUER (n. 9 ad 291 CC). Il est à relever que selon HEGNAUER, contrairement à SCHIESSER, l'art. 291 ancien CC s'applique même si l'art. 102 CC n'a pas été appliqué en cas d'absence d'un époux.

(132*bis*) Cf. HEGNAUER (n. 12 ad 291 CC).

— au cas où le père ou la mère d'un enfant né hors mariage est investi de l'autorité parentale sur le mineur (133);

— au cas où l'un des père et mère a été privé de l'autorité parentale en application de l'art. 311 al. 1 CC et un seul (134) (135).

§ 2. Le devoir du titulaire de l'autorité parentale

A. *But de l'inventaire*

Si l'art. 318 al. 2 CC définit un cas d'intervention de l'autorité tutélaire, il n'exprime que le fait du titulaire de l'autorité parentale. De l'activité de l'autorité tutélaire, pas un mot, ce qui est paradoxal. Il y a lieu tout naturellement de se référer, à cet égard, à l'inventaire et aux comptes en cas de tutelle (art. 398 al. 1 et 414 al. 2 CC) (136). La raison en est que, nous l'avons vu, l'autorité parentale se mélange d'éléments tutélaires au fur et à mesure que l'on s'éloigne de la situation normale (136*bis*). L'exigence posée par l'art. 318 al. 2 CC est analogue à celles que font les deux articles précités et marque que la gestion du détenteur de l'autorité parentale est soumise à une surveillance analogue à celle que l'autorité tutélaire exerce sur un tuteur.

L'inventaire en cas de tutelle est destiné à permettre à l'autorité tutélaire de contrôler la gestion du tuteur (137), notamment sur l'application des art. 399 à 404 CC. Il pose les bases qui permettent à l'autorité tutélaire de surveiller l'application de ces articles, et au

(133) Dans le même sens, Spitzer, RDT 1955 p. 3. L'art. 318 al. 2 CC s'applique au détenteur de l'autorité parentale sur un enfant illégitime (Rédaction de la RDT, in RDT 1946 p. 75 pr et n° 2). Dans ce sens, la Direction de la justice du canton de Zurich, in SJZ 24/1927/28, p. 85 n° 82 litt. b.

(134) *Contra* Spitzer RDT 1955 p. 3 et Hegnauer, n. 10 ad 291 CC, Schiesser (p. 30) n'est pas non plus de notre avis. Cette position nous paraît difficile à soutenir, si l'on admet que le parent est déchu de l'autorité parentale faute d'assurer à l'enfant l'assistance à laquelle il a droit. Pour nous par conséquent, l'art. 318 CC s'applique également en cas de séparation de corps.

Pour Bozer (p. 68/69), l'art. 291 CC ancien n'est pas applicable dans le cas où le droit d'administration est exercé par un seul conjoint sans dissolution du mariage. Dans ce cas, il entend appliquer uniquement l'art. 297 ancien CC.

(135) Il va sans dire que l'inventaire est de droit même si l'événement qui l'impose se produit peu avant la majorité de l'enfant (en ce sens, Schiesser, p. 31), cf. n. 163.

(136) L'arrêt Merhart (TF, 2e Cour civile, 20 octobre 1932, RO 58 II n° 65 p. 398 à 400) relève que le but de l'inventaire n'est autre que son examen par l'autorité. Il applique en outre par analogie l'art. 423 CC, attendu la ressemblance de l'inventaire de l'art. 398 CC et de celui de l'art. 318 CC.

(136*bis*) Même avis de Schiesser (RDT 1946 p. 44).

(137) Même avis de Schiesser (RDT 1946 p. 44).

besoin de l'exiger. Or, nous savons que ces articles sont applicables, *mutatis mutandis*, à la gestion des parents. Ce contrôle de l'activité du tuteur a lieu sur le vu des comptes et rapports périodiques. L'autorité tutélaire est tenue de procéder à l'examen de ces pièces (art. 423 al. 1 CC). Si la gestion du tuteur, telle qu'elle en ressort, appelle des mesures particulières, l'autorité tutélaire est tenue de les prendre (art. 423 al. 2 CC).

Cela nous permet de faire trois remarques importantes. D'abord, de même que l'inventaire et les rapports du tuteur sont indispensables l'un à l'autre et, à ce titre, indissociables, puisque sa gestion ne peut s'apprécier que par leur comparaison, de même l'inventaire de l'art. 318 al. 2 CC et les comptes et rapports de l'art. 318 al. 3 CC sont les formes indissociables d'un devoir général d'information (138). Ensuite, ce dernier devoir est bien attaché à la qualité d'administrateur du patrimoine de l'enfant, mais, contrairement aux autres devoirs liés à l'administration, il astreint le titulaire de l'autorité parentale envers l'autorité tutélaire. Il est l'effet, envisagé du côté du père ou de la mère, de la surveillance instituée par la loi, du seul fait de la titularité unique de l'autorité parentale. Les autres devoirs, au contraire, astreignent les parents envers l'enfant: ils définissent les moyens adéquats à atteindre les fins qui définissent l'intérêt patrimonial du mineur. Ici, au contraire, le devoir d'information ne fait que préparer l'intervention de l'autorité tutélaire, s'il y a lieu, laquelle seule est de nature à rétablir le lien entre moyens et fins. Enfin, puisque, d'une part, ainsi qu'on l'a vu, les devoirs des père et mère en matière d'administration légale sont identiques à ceux du tuteur quant aux fins et analogues quant aux moyens, et que, d'autre part, le devoir d'information du titulaire de l'autorité parentale prend des formes analogues à celle à laquelle est astreint le tuteur, l'activité de l'autorité tutélaire en la matière est celle même qui est prévue par l'art. 423 CC, aussi loin du moins que s'étend l'analogie (139).

(138) Cf. l'arrêt MERHART ad n. 136. Cf. HEGNAUER (n. 14 ad 291 CC): l'inventaire est une base nécessaire pour le contrôle subséquent de l'administration légale par l'autorité tutélaire sur la base des rapports. Cela n'empêche pas que par accident, l'inventaire ne puisse servir de preuve sur la nature et l'étendue du patrimoine du mineur, au cours de diverses liquidations avec le détenteur de l'autorité parentale, avec des beaux-parents, avec les frères et sœurs, ou des beaux-frères et sœurs; lors de la restitution, conformément aux art. 291 et 300 CC; à l'appui d'une revendication en cas de saisie (cf. 106/107 et 109 LP); à l'appui d'une intervention dans la faillite du détenteur de l'autorité parentale (cf. 301 CC et 111 et 219 LP); sur tous ces points, cf. HEGNAUER (n. 16 à 19 ad 291 CC). C'est en vue d'assurer l'intervention éventuelle de l'autorité tutélaire que la loi établit le devoir d'inventaire de l'art. 291 ancien CC, selon EGGER (n. 8 ad 290 et 3 ad 291 CC).

(139) Cf. l'arrêt MERHART ad n. 136. Sans faire cette analogie, SILBERNAGEL (n. 11 ad 291 CC) relève que le but de l'inventaire est d'orienter l'autorité tutélaire

Les considérations qui précèdent nous permettent de qualifier d'erronée ce que nous pourrions appeler la théorie de l'inventaire — manifestation de volonté. Disons tout de suite qu'elle n'apparaît pas sous cette forme, mais qu'elle est nécessairement le fondement logique de l'opinion selon laquelle l'une des fonctions essentielles de l'inventaire est son effet probatoire particulier à l'égard du titulaire de l'autorité parentale qui en est l'auteur, et précisément parce qu'il en est l'auteur, l'inventaire étant alors un aveu passé sur la titularité ou la propriété des biens inventoriés et sur leur valeur, qui fait, dans ces conditions, pleine foi contre lui (140); elle est aussi le fondement de cette autre opinion que l'inventaire est un acte bilatéral qui nécessite la nomination d'un curateur (141). Cela ne peut signifier autre chose, sinon que l'inventaire est assimilable à un

pour lui permettre de prendre, si les circonstances l'exigent, les mesures de protection nécessaires.

(140) Ainsi, la curieuse considération du Conseil d'Etat du canton d'Argovie (in ZBGR 22 p. 162 ch. 1), que l'inventaire de l'art. 291 CC ancien «de par sa nature et de par son but» a un «caractère déclaratif» (ce qui est vrai en ce sens que c'est un avis auquel le détenteur de l'autorité parentale est obligé, mais non en ce sens que c'est une déclaration de volonté opposable comme telle à son auteur réd.), soit une «déclaration sur l'honneur du conjoint survivant adressée à l'autorité tutélaire et au mineur», ce qui est, à notre avis, une pure et simple erreur. D'abord, parce que le but de l'inventaire est de permettre de surveiller la gestion du détenteur de l'autorité parentale et que par conséquent, sous ce rapport, l'inventaire est un analogue de celui auquel la loi astreint le tuteur (art. 398 al. 1 CC). Ensuite parce que la «déclaration sur l'honneur» n'est pas une entité juridique différente de n'importe quel autre moyen d'informer l'autorité tutélaire.

Mais l'opinion de la Direction de la justice et de la police du même canton d'Argovie (cf. SJZ 36/1939/40, p. 242 nº 47) est proche de cette notion, lorsque cette autorité fait remarquer que l'un des buts de l'inventaire de l'art. 291 CC ancien est de servir de moyen de preuve en faveur de l'enfant parce que son patrimoine est facilement confondu avec celui de l'époux survivant et qu'il devient alors difficile à décrire, ce qui peut conduire à des conflits si l'époux survivant se remarie et que d'autres enfants soient issus de cette seconde union. Dans notre sens, partiellement, la Direction de la justice du canton de Zurich (in RDT 1969 nº 6 cons. 5 p. 19 et RDT 1969 nº 16 cons. 3 p. 61/62).

(141) Dans une décision publiée au RDT 1963 nº 20 p. 137 cons. 2 p. 140, le Conseil d'Etat du canton de Soleure fait remarquer qu'à Soleure l'inventaire de la succession du premier défunt des père et mère se fait, quand un enfant mineur est héritier, avec la collaboration du curateur «à cause du conflit d'intérêts» (avec le détenteur survivant de l'autorité parentale). Le motif est proche parent de l'idée que nous disons au texte. Si cette collaboration est opportune, à notre sens, c'est que la mission du curateur peut commencer avec des opérations connexes du partage.

Il est bien entendu (cf. TENCHIO p. 66) qu'on peut désigner un curateur au mineur lorsqu'il est dans le cas de partager avec le détenteur de l'autorité parentale la succession du parent défunt (art. 392 CC). Il se peut dès lors que cet inventaire soit fait avec la collaboration du curateur. Nous n'y voyons aucun inconvénient, mais ce n'est pas l'hypothèse que nous visons ici. TENCHIO (loc. cit.) s'élève aussi, du reste, contre la nomination d'un curateur aux fins de dresser l'inventaire. Il remarque, à juste titre, qu'il n'y a en pareil cas pas de collision d'intérêts.

contrat, ou du moins à une reconnaissance conventionnelle de propriété (142), et à une estimation conventionnelle de la valeur des biens inventoriés, comme dans le cas de l'inventaire d'apports (143).

Dans les deux cas, il faut admettre que l'inventaire de l'art. 318 al. 2 CC a nécessairement et uniquement pour auteur le titulaire de l'autorité parentale et qu'il s'analyse dès lors en une pure et simple déclaration (144). C'est oublier que la réalisation des conditions prévues à l'art. 318 al. 2 CC a pour effet premier et essentiel de placer le titulaire de l'autorité parentale sous la surveillance de l'autorité tutélaire. Cette surveillance s'inaugure toujours, au tant qu'il s'agit de gérer des biens, par un inventaire, que le gérant soit tuteur (398 al. 1 CC), curateur ou conseil légal (art. 367 al. 3 CC). Ainsi, dans le cas qui nous occupe comme dans tous les autres, la nécessité de l'inventaire est principalement la conséquence de la surveillance dont la loi fait un devoir à l'autorité tutélaire. Et si elle l'astreint à cette surveillance, elle l'astreint aussi à provoquer un inventaire (145).

(142) La Direction de la justice du canton de Zurich admet (in RDT 1969 n° 16 cons. 3 p. 61/62) que l'inventaire de l'art. 291 CC ancien peut avoir comme premier rôle celui d'une reconnaissance de dette de son auteur à l'égard du mineur, dans la mesure où il fait foi contre l'auteur de la déclaration. Sinon, il s'agit d'une simple *Parteibehauptung*, qui ne peut lier personne. Il est à peine besoin de dire que cette théorie croule par la base dès lors qu'on se rappelle que l'inventaire est une déclaration dont le destinataire est l'autorité tutélaire en tant qu'autorité publique — et non comme représentante du mineur —. De cette théorie, la Direction de la justice du canton de Zurich conclut évidemment que l'inventaire-reconnaissance de dette est soumis, en cas d'erreur, aux art. 23 et suivants CO et de manière générale aux art. 21 à 31 CO. Telle serait en effet la conséquence logique de l'idée de l'inventaire — déclaration de volonté adressée au mineur ou à l'autorité tutélaire représentant le mineur. Ce qui, corrélativement, entraînerait que l'autorité tutélaire ne pourrait d'office examiner l'exactitude du caractère complet de l'inventaire, car qui peut de son propre chef modifier la déclaration d'autrui?

Cette conséquence absurde nous paraît militer contre cette théorie (in RDT 1969 n° 16 cons. 4 p. 62). La Direction de la justice du canton de Zurich ne manque du reste pas de dire que l'inventaire doit être attaqué par une action de la compétence du juge civil, ce qui est proprement refuser tout rôle quelconque à l'autorité tutélaire en relation avec l'inventaire.

(143) La comparaison avec l'inventaire d'apports de l'art. 197 CC est faite par le Conseil d'Etat du canton d'Argovie (in ZBGR 22 p. 162 ch. 1); l'inventaire de l'art. 291 CC ancien est parent *(verwandt)* de celui de l'art. 197 CC à cela près qu'il n'est pas notarié et qu'il est unilatéral, non bilatéral.

(144) *Sic*, partiellement, la Direction de la justice du canton de Zurich, in RDT 1969 n° 16 cons. 3 p. 61/62.

(145) Ce que méconnaît par trop à notre avis le Conseil d'Etat du canton d'Argovie (in ZBGR 22 p. 162 ch. 1) en relevant que le détenteur de l'autorité parentale est *inventarpflichtig*.

L'inventaire a pour but de permettre la surveillance de l'autorité tutélaire selon la Direction de la justice du canton de Zurich in RDT 1969 n° 6 cons. 4 p. 18 et n° 16

Que le titulaire de l'autorité parentale soit tenu de remettre à l'autorité tutélaire un inventaire des biens de l'enfant signifie non pas nécessairement que c'est lui qui le fait, mais plutôt que c'est à lui qu'il incombe, soit de l'établir en personne, soit de le faire établir par un tiers auxiliaire, mais sous sa propre responsabilité (146). L'autorité tutélaire ne l'assiste pas dans cette confection, contrairement à ce qui se passe dans le cas de l'inventaire du tuteur (art. 398 al. 1 CC). Il n'y a donc à ce stade aucune collaboration de l'autorité tutélaire et du titulaire de l'autorité parentale. Si ce dernier n'établit pas l'inventaire, soit qu'il ne le veuille, soit qu'il ne le puisse, la doctrine recourt à l'ancien art. 297 al. 1 CC, l'art. 324 al. 1 CC nouveau, à notre avis, sans nécessité (147). Si en effet,

cons. 1 p. 61. Malheureusement, cette autorité ne pousse pas à son terme naturel le raisonnement qu'elle amorce ainsi (cf. n. 146).

Logiquement, l'autorité, lorsque la loi ne fixe pas un délai pour la remise de l'inventaire, peut en fixer un (TENCHIO p. 64/65).

Selon SPITZER (RDT 1955 p. 4), l'inventaire a pour but de permettre de décider si la succession doit être acceptée ou répudiée au nom de l'enfant; ensuite, de servir de preuve au cours de la liquidation d'une part, au cours de saisie ou de poursuite contre les parents, d'autre part. «En outre (ajoute SPITZER) l'examen des rapports établis par les parents a pour base l'inventaire; de même le partage ultérieur de la succession». Nous ne nions pas que l'inventaire ne puisse accidentellement servir aux fins ci-dessus, néanmoins il ne faut pas oublier que, pour ce qui concerne l'art. 291 ancien CC, l'inventaire prévu par cet article a pour but de permettre d'examiner la gestion du détenteur unique de l'autorité parentale à l'occasion des avis qu'il est tenu de donner et actuellement à l'occasion des comptes.

Pour la Direction de la justice et de la police du canton d'Argovie (cf. SJZ 36/1939/40, p. 242 nº 47), l'inventaire a pour but de permettre à l'autorité tutélaire de connaître l'état du patrimoine du mineur et de rendre possible son intervention, cet inventaire étant la condition préalable de la preuve du danger que peuvent courir les biens de l'enfant. Sur ce point, on peut lire tout l'arrêt. Le même texte contient cette remarque intéressante que l'autorité tutélaire répond de la sauvegarde des intérêts patrimoniaux du mineur en cas de mort de l'un des détenteurs de l'autorité parentale. Si cela est, c'est précisément que l'autorité tutélaire ne se borne pas à recevoir un inventaire, l'idée même de la responsabilité suppose une action positive de sa part, ce que précisément nous entendons signifier par le terme de surveillance et que nous décrivons en détail dans le chapitre.

(146) Dans ce sens, EGGER (n. 7 ad 291 CC) et Direction de la justice du canton de Zurich in RDT 1969 nº 16 cons. 1 p. 61. Mais cette autorité néglige qu'il ne s'agit pas seulement d'une obligation du parent, cf. n. 145.

(147) Ainsi EGGER (n. 8 ad 291 CC) et BINDSCHEDLER, qui relève (p. 59) qu'après sommation au détenteur de l'autorité parentale de dresser l'inventaire, l'autorité tutélaire peut, en application de l'art 297 CC ancien, déléguer quelqu'un pour le faire en lieu et place du parent. Ainsi TENCHIO (p. 67 ch. 4). Cependant, on retiendra que même chez lui, et pour les auteurs et les arrêts qu'il cite, à la n. 18 p. 67, lorsque l'inventaire est insuffisant, l'autorité de tutelle peut provoquer un inventaire officiel au sens de l'art. 398 al. 3 CC. Nous ne partageons pas cette opinion, puisqu'en définitive selon nous c'est à l'autorité de tutelle de suppléer l'inventaire, ce qu'elle fera dans les formes de l'art. 398 al. 1 CC, mais nous retenons le rapprochement entre les

toute administration légale sous surveillance de l'autorité tutélaire commence par la confection d'un inventaire, le régime de surveillance établi par l'art. 318 al. 2 CC n'échappe pas à cette règle. Dans ces conditions, et attendu cette nécessité objective, le devoir de procurer cet inventaire incombe, aux termes exprès de la loi, au titulaire de l'autorité parentale et, implicitement, à l'autorité tutélaire, au titre de la surveillance à laquelle l'art. 318 al. 2 CC l'astreint (148). Partant, à défaut du parent, celle-ci est tenue de faire l'inventaire conformément aux dispositions de la procédure cantonale. Parent et autorité peuvent donc, subsidiairement l'un à l'autre, être indifféremment l'auteur de l'inventaire (149).

deux espèces. Et nous ne parlons pas de la jurisprudence (Direction de la justice du canton de Zurich, in RDT 1969 n° 16 cons. 2 p. 61; voir aussi SJZ 14/1916, p. 107 n° 83). SILBERNAGEL (n. 13 ad 291 CC) recourt aussi à l'art. 297 ancien CC. Cela ne l'empêche pas d'ajouter aussitôt que l'autorité tutélaire peut imposer un inventaire officiel aux frais du détenteur de l'autorité parentale. Cela nous paraît une meilleure solution.

(148) Pour la Direction de la justice du canton de Zurich, au contraire (in RDT 1969 n° 16 cons. 2 p. 61), c'est au seul détenteur de l'autorité parentale qu'il appartient d'établir l'inventaire et, le cas échéant, de le compléter, à l'exclusion de l'autorité tutélaire. Sinon, dit la Direction de la justice, l'inventaire deviendrait un acte officiel de l'autorité tutélaire. L'argument est singulier. Si un devoir de surveillance incombe à l'autorité tutélaire en vertu de l'art. 318 CC — ce qui ne peut pas être sérieusement nié — on ne voit pas comment deux institutions tendant aux mêmes buts — ce que reconnaît cette même autorité — peuvent n'avoir pas le même effet, par analogie. Les obligations du tuteur en matière d'inventaire, à l'égard de l'autorité tutélaire, sont aussi celles du détenteur de l'autorité parentale à l'égard de cette même autorité et les attributions de celle-ci envers l'un ce qu'elles sont envers l'autre. Pour le Département de justice de Saint-Gall (SJZ 14/1916, p. 107 n° 83) l'inventaire est «en première ligne» privé. D'où l'on peut conclure qu'il est aussi «en seconde ligne» tutélaire. Cette autorité ajoute qu'il doit correspondre à la vérité objective: de sorte qu'il n'est pas qu'un aveu. Enfin, l'autorité peut demander un inventaire «officiel». Cela va dans notre sens.

(149) Pour HEGNAUER, au contraire, l'inventaire est strictement privé et en conséquence c'est le détenteur de l'autorité parentale qui, de son chef, doit le dresser, ou le faire dresser par un tiers de confiance, et le signer (n. 31 ad 291 CC); le cas échéant, il peut être rappelé à ses devoirs par l'autorité tutélaire (n. 33 ad 291 CC) et celle-ci peut (n. 35 ad 291 CC) lui déléguer un de ses auxiliaires pour l'aider — aide à laquelle le titulaire ne peut être tenu de recourir —. A défaut d'inventaire, il y a lieu d'appliquer l'art. 297 ancien CC (et non l'art. 291 ancien CC) (n. 55 à 63 ad 291 CC) — de sorte que l'autorité tutélaire peut recourir à des amendes et à l'inventaire de l'art. 398 CC, moyennant que le détenteur de l'autorité parentale ait été préalablement en application de l'art. 297 al. 2 ancien CC placé sous la surveillance à laquelle les tuteurs sont soumis et, si le mineur n'a d'autres biens que ceux qui proviennent d'une succession, ordonner l'inventaire de l'art. 553 ou de l'art. 580 CC, ou, par l'intermédiaire d'un curateur de l'art. 393 ch. 2 CC, être défendeur à un procès en partage intenté par le mineur. On peut en outre — toujours selon HEGNAUER — faire dresser un inventaire au nom du mineur par un curateur de l'art. 392 ch. 2 CC. Ce luxe d'opérations paraît bien inutile. Il est plus sage d'admettre que l'autorité tutélaire peut, par application directe de l'art. 318

Dans cette opinion, la «déclaration de volonté» du titulaire de l'autorité parentale prend une tout autre allure. Cette déclaration, tout d'abord ne s'adresse pas à l'enfant, ce qui écarte l'idée d'un «inventaire-contrat» passé entre le parent et le mineur. Elle s'adresse à l'autorité tutélaire seule. Or celle-ci n'a aucune vocation légale pour statuer sur l'attribution au mineur de la propriété de certains éléments du patrimoine. Par conséquent, elle n'en a pas davantage pour recevoir une déclaration qui impliquerait reconnaissance de propriété. Peu importe qu'on veuille analyser cet «aveu» soit comme un acte de disposition du détenteur de l'autorité parentale, soit comme une dispense de preuve au bénéfice du mineur qui serait censé revendiquer un objet. Penser autrement aboutirait à faire de l'autorité tutélaire le représentant de l'enfant, fonction qu'elle n'occupe que par exception et non pas dans le cas présent. Dans l'hypothèse visée par l'art. 318 al. 2 CC en effet, l'autorité tutélaire fonctionne comme autorité chargée au titre du bien commun de surveiller l'administration du titulaire de l'autorité parentale (149*bis*). L'inventaire confectionné par ce dernier ou sous sa responsabilité est donc un pur avis, qui n'a d'autre but immédiat que de renseigner l'autorité et d'autre conséquence que de provoquer l'examen de cette déclaration par celle-ci, dans les conditions que nous verrons plus loin (150).

al. 2 CC, mais subsidiairement au détenteur de l'autorité parentale, faire procéder par un auxiliaire qu'elle désigne à l'inventaire, lequel aura la forme de celui de l'art. 398 al. 1 CC. Partant d'une position erronée à notre sens, la Direction de la justice du canton de Zurich (in RDT 1969 n° 16 cons. 2 p. 61) envisage un luxe de mesures contre le détenteur de l'autorité parentale qui néglige de fournir un inventaire: sanctions pénales et administratives, inventaire officiel de l'art. 553 CC (?) et mesures prévues par l'art. 297 CC ancien, y compris, on peut le supposer, la confection d'un inventaire. Il eût été plus simple de dire tout de suite que, tenue à la surveillance, l'autorité tutélaire est tenue par là même de s'en procurer les moyens et, par conséquent, de faire établir un inventaire, en application de l'art. 318 CC, en cas de défaillance du détenteur de l'autorité parentale. La situation juridique serait ainsi plus claire et fort logique, résultant de l'analogie de l'inventaire de l'art. 318 CC et de celui de l'art. 398 al. 1 CC.

Pour Bozer (p. 75/77), l'inventaire de l'art. 291 CC ancien est l'obligation exclusive du titulaire de l'autorité parentale; néanmoins (p. 77), il admet que l'autorité tutélaire fasse dresser l'inventaire par un notaire ou un fonctionnaire; elle peut même, le cas échéant, ordonner l'inventaire public de l'art. 398 al. 3 CC (p. 77).

(149*bis*) C'est tellement vrai, que Rossel (p. 361) remarque que pas plus qu'en matière de tutelle le Code civil ne détermine la forme de l'inventaire, qui sera cependant fait en présence d'un délégué de l'autorité tutélaire. Nous n'en tirons que l'analogie des deux institutions, mais n'admettons pas la présence d'un délégué de l'autorité tutélaire, sauf demande du titulaire de l'autorité parentale, puisque c'est une marque de subordination de l'administrateur légal à cette autorité, et que, cette subordination n'existe pas dans le cas qui nous occupe, du moins sous cette forme.

(150) C'est donc à juste titre que Schiesser (p. 26) assigne à l'inventaire le but de permettre le contrôle de l'autorité tutélaire par une information aussi complète et détaillée que possible. Tel est l'effet essentiel de l'inventaire. A titre d'effet accidentel,

Telle est aussi la fin de l'art. 398 al. 1 CC, et c'est pourquoi nous voyons dans l'inventaire du tuteur le pendant de celui qui prévoit l'art. 318 al. 2 CC (151), avec ces deux différences que l'assistance d'un représentant de l'autorité tutélaire (398 al. 1 CC) est facultative, non obligatoire; et que le mineur n'est pas appelé à cet inventaire (art. 398 al. 2 CC). La première s'explique aisément. Dans l'art. 398 al. 1 CC, c'est à l'autorité tutélaire et au représentant légal nouvellement désigné qu'il incombe de procéder à l'inventaire. Celui-ci en revanche grève le titulaire de l'autorité parentale dans l'art. 318 al. 2 CC, à titre principal. Mais il peut être opportun, lorsque celui-ci est incapable de procéder seul à l'inventaire ou d'en charger un auxiliaire apte à cet ouvrage, que l'autorité tutélaire désigne un représentant (au sens de l'art. 398 al. 1 CC) pour l'aider dans cette besogne. Quant à la seconde, elle ne fait pas non plus de difficulté. Le pupille est présent, lorsque c'est possible, pour donner au tuteur et au représentant de l'autorité tutélaire les renseignements nécessaires sur la consistance et la valeur de son patrimoine. Cela s'explique, puisqu'en principe c'est lui qui l'a précédemment administré. Tel n'est pas le cas du mineur, dont le patrimoine a été géré auparavant par les père et mère.

on peut concevoir une fonction probatoire de l'inventaire, lorsqu'il y a lieu d'établir contre le détenteur de l'autorité parentale les droits qui appartiennent au mineur du chef du régime matrimonial ou du régime successoral; ceux qui lui appartiennent au moment de la reddition des comptes, de la restitution de biens et de l'action en responsabilité; selon lesquels il doit faire la preuve contre les créanciers des père et mère dans une poursuite intentée contre eux, ou contre ceux qu'il fait valoir en application des art. 111 et 219 LP (créance privilégiée). Sur ces effets secondaires, cf. SCHIESSER, p. 26/27. Il se peut, comme SCHIESSER le dit (p. 27), que l'inventaire ait un effet psychologique, en ce sens que le détenteur de l'autorité parentale sera moins enclin à méconnaître ses devoirs à l'égard d'un patrimoine qu'il sait inventorié.

(151) On peut signaler à l'appui de cette opinion TRÜB, p. 56, selon qui l'inventaire est essentiellement destiné à l'autorité tutélaire et, le cas échéant, à l'autorité de surveillance.

Pour TENCHIO, le but de l'art. 291 CC ancien est (ch. 1 p. 61), en première ligne, de procurer à l'autorité tutélaire une vue générale sur le mode et la forme de l'administration des biens de l'enfant par le détenteur de l'autorité parentale et de lui donner la possibilité de prendre, à temps, ces mesures qui permettent de protéger le patrimoine de l'enfant en présence d'un péril certain. Il est vrai que cet auteur (p. 62) ajoute qu'une autre fonction de cet inventaire est de faire la preuve du patrimoine de mineur contre ceux qui ont à partager avec lui ou, plus tard, de sa propriété contre le détenteur survivant de l'autorité parentale ou les créanciers de celui-ci. Il ajoute également que l'autorité fiscale pourra, sur cette base, fixer l'impôt successoral.

Si l'on ne peut que blâmer (avec SCHIESSER, p. 48) l'autorité qui exigerait dans tous les cas où l'art. 318 CC est applicable l'application de l'art. 398 al. 3 CC et l'établissement d'un inventaire officiel avec tous les effets décrits à cet article, nous admettons que dans le fond l'idée est fondée d'assimiler les deux inventaires.

B. *Contenu de l'inventaire*

L'inventaire, nous venons de le voir, est un avis donné par le titulaire de l'autorité parentale à l'autorité tutélaire sur la consistance et la valeur du patrimoine du mineur. Son but est de permettre à l'autorité de tutelle de contrôler la manière dont le parent exerce ses droits et ses devoirs d'administration. Partant, l'inventaire doit comprendre tous les biens dont il a l'administration légale, sauf ceux sur lesquels celle-ci est exclue. Sont donc exemptés les biens libérés de l'administration (art. 321 al. 2 et 322 al. 1 CC), outre le salaire et le fonds professionnel du mineur (art. 323 al. 1 CC) (152).

Que l'inventaire de l'art. 318 al. 2 CC et l'inventaire d'entrée en cas de tutelle aient la même fin nous permet de conclure qu'ils ont le même contenu. Or, l'inventaire d'entrée en cas de tutelle conserve ce contenu quelle que soit la procédure selon laquelle il a été dressé et les effets attachés à cette procédure, c'est-à-dire indépendamment de l'application de l'art. 398 al. 1 CC ou de l'art. 398

(152) *Contra* HEGNAUER (n. 22 à 26 ad 291 CC). TENCHIO (p. 64) est aussi de l'avis contraire, mais n'en donne pas la raison. Il se borne à relever que l'esprit qui anime toute l'institution exige que l'inventaire comprenne la totalité des biens de l'enfant. Cependant, nous reconnaissons avec lui (ch. 2 p. 64) que l'inventaire, même fait par l'autorité tutélaire en lieu et place du détenteur de l'autorité parentale, garde un caractère privé et qu'en principe l'autorité n'a pas à lui donner un avis spécial ou lui fixer un terme pour déposer ledit inventaire. Le détenteur de l'autorité parentale fait donc cet inventaire de son propre chef. Pour SCHIESSER (p. 31/33), l'inventaire de l'art. 291 CC ancien est total en ce sens qu'il s'étend, avant le partage de la succession, sur tout le patrimoine des époux, sauf lorsque ceux-ci étaient séparés de biens. La part du mineur est alors une quote-part idéale. Ce mode de raisonnement nous paraît erroné : en effet, le mineur ne peut avoir aucune prétention sur ce qui revient au détenteur de l'autorité parentale au titre de liquidation du régime matrimonial. Dès lors, on ne peut admettre la position de SCHIESSER qu'une fois opérée la liquidation des prétentions matrimoniales du conjoint survivant. D'autre part, SCHIESSER (p. 33) considère l'inventaire qui a lieu après le partage non pas comme un inventaire au sens propre, mais comme un avis (au sens de l'art. 291 CC ancien). Cette opinion est soutenable, elle ne conduit de toute façon à aucune différence entre les deux institutions prévues par cet article. Nous pensons, en réalité, que la question perd beaucoup de son importance si l'on considère que le patrimoine du mineur doit être mis aussitôt que possible en état d'aptitude à l'administration légale. Cela suppose à tout le moins qu'il est mis fin à l'indivision et que les art. 399 à 404 CC peuvent commencer à trouver leur application analogique. Dès lors, nous tenons au contraire de SCHIESSER que l'inventaire proprement dit est celui qui embrasse le patrimoine du mineur après liquidation des communautés patrimoniales. L'autorité tutélaire, à l'examen de cet inventaire, doit le comparer dans le cadre de ses compétences à la convention de liquidation du régime matrimonial ou à tout acte équivalent et au contrat de partage ou à tout acte équivalent.

Pour BOZER (p. 75), les biens libérés sont compris dans l'inventaire de l'art. 291 CC ancien. Même avis d'EGGER (n. 5 ad 291 CC).

al. 3 CC. Il en résulte que, s'il n'appelle ni la procédure ni les effets établis à l'art. 398 al. 3 CC, l'inventaire de l'art. 318 al. 2 CC a le contenu de l'inventaire public au sens de l'art. 398 al. 3 CC, il «comporte un état de l'actif et du passif ... avec estimation de tous les biens» (153).

(153) Sur l'articulation et l'estimation, cf. HEGNAUER (n. 27 à 30 ad 291 CC). Selon cet auteur *(loc. cit.)*, il est conforme au but de l'inventaire de distinguer l'actif et le passif, ainsi que les immeubles, les meubles et les papiers-valeurs. En outre, chaque élément de l'inventaire doit être spécifié avec précision. Le but de l'inventaire enfin exige l'estimation des éléments du passif et de l'actif *(loc. cit.)*. La valeur est la valeur vénale, et non pas la valeur trop basse de l'inventaire fiscal ou, le cas échéant, du bilan. TRÜB relève aussi (à propos de l'inventaire d'apports des époux, mais c'est selon nous valable ici en matière d'inventaire du mineur) que l'inventaire doit être à la fois qualitatif et quantitatif (p. 50). Selon EGGER (n. 5 ad 291 CC), le but de l'art. 291 CC exige que l'inventaire constitue une énumération complète et précise de la consistance du patrimoine et de son articulation. Il doit énumérer exhaustivement les immeubles, les meubles, les objets de prix, les papiers-valeurs, les créances, ainsi, pour les papiers-valeurs, que tous les éléments nécessaires à l'individualisation; enfin, il doit énumérer les éléments du passif. Selon lui (n. 6 ad 291 CC), lorsque l'inventaire a lieu avant le partage de la succession, il s'étend nécessairement à l'ensemble de celle-ci. En cas d'indivision, SILBERNAGEL admet aussi qu'on doit inventorier tous les biens qui en font partie (n. 12 ad 291 CC). Selon lui (n. 21 et 22 ad 291 CC), l'inventaire doit comprendre l'actif et le passif du mineur. Pour les papiers-valeurs, il y a lieu d'indiquer la valeur nominale — mais on peut aussi accepter la valeur de la cotation en bourse, selon lui. En revanche, il ne demande pas que l'inventaire soit descriptif ni estimatif. CURTI-FORRER (n. 4 ad 291 CC) relève à juste titre que l'art. 291 CC oblige à un inventaire *détaillé* de l'actif et du passif de la fortune de l'enfant (c'est nous qui soulignons). Il relève (n. 7 ad 291 CC) que l'autorité tutélaire doit vérifier si la fortune de l'enfant est constituée par des numéraires, des meubles, des immeubles, des papiers au porteur, des créances, des cédules, etc.; cette remarque nous paraît déterminer également le contenu de l'inventaire. Le Conseil d'Etat du canton d'Argovie (in ZBGR 22 p. 162 ch. 1) estime au contraire que l'inventaire doit être sommaire parce qu'il est privé et unilatéral et que son auteur est tenu d'annoncer toute modification notable dans l'état des biens et le placement des fonds. Il faut avouer que ces arguments n'ont rien d'irréfutable: l'obligation d'annoncer les modifications n'est-elle pas la preuve que l'autorité tutélaire doit être mise en état d'apprécier ces modifications et qu'elle est censée pouvoir le faire par comparaison avec l'inventaire, qui dès lors ne peut pas être «sommaire». Le Conseil d'Etat du canton d'Argovie ajoute que, pour les meubles, une estimation globale suffit (mais *quid* de l'art. 400 al. 2 CC?), tout en relevant par ailleurs que les titres doivent être mentionnés individuellement, ainsi que les immeubles — précisément du reste, d'après le texte, pour que l'autorité tutélaire soit en mesure d'apprécier les modifications. Si l'auteur est le père survivant, l'inventaire doit mentionner séparément la dot, les capitaux, les immeubles, la part de la femme au bénéfice de l'union conjugale. Si c'est la mère, il suffit qu'elle indique ses apports et sa part successorale et qu'elle reconnaisse *(anerkennt)* que le reste de la succession de son mari appartient à l'enfant (cf. aussi le ch. 2, p. 163). Nous avouons que ces directions nous paraissent sur ce point proprement saugrenues: 1° Il s'agit quand même d'un inventaire du patrimoine de l'enfant — et non d'un rappel des origines de ce patrimoine; on ne s'explique donc pas qu'il faille s'abstenir d'articuler l'inventaire, pour préciser, apparemment par manière de revanche, qu'il s'agit d'une dot ou d'une part au bénéfice de l'union conjugale. 2° L'inventaire n'est pas une reconnaissance: à quoi rime que l'inventaire

Du point de vue descriptif, cet inventaire doit être, nous semble-t-il, articulé conformément aux espèces de biens dont les art. 400 à

se réduise à la déclaration que la mère survivante n'a pas de prétention à élever sur le solde d'une succession? 3° Et que se passe-t-il si l'enfant a d'autres biens qui ne proviennent pas d'une succession?

Selon SPITZER (RDT 1955 p. 3), l'inventaire mentionne, en cas de divorce ou de nullité de mariage, en règle générale, l'épargne, les biens réservés, les legs, les meubles appartenant au mineur et les assurances dont il est créancier. A ce propos, SPITZER se demande si les assurances sur la vie du mineur, lorsque le détenteur de l'autorité parentale est preneur, paie les primes et est bénéficiaire (par exemple des assurances études et des assurances dotales) doivent être comprises dans l'inventaire. Cela dépend entièrement du point de savoir si dans ces conditions l'enfant est titulaire d'une créance contre l'assureur. Sinon, ce montant n'a pas à figurer dans l'inventaire, alors que cela est indispensable dans le cas contraire. En cas de décès d'un parent, pour l'essentiel, selon SPITZER, le patrimoine du mineur consiste dans sa part à la succession indivise du père ou de la mère, si bien qu'en première ligne on se référera à l'inventaire successoral, et dans cette hypothèse, l'inventaire privé de l'art. 291 ancien CC équivaut largement à l'inventaire successoral officiel de l'art. 553 CC (cette remarque montre comme SPITZER est heureusement éloigné de l'idée fausse de voir dans l'inventaire de l'art. 318 CC une déclaration de volonté).

Pour BINDSCHEDLER (p. 59), l'inventaire doit être articulé et estimatif. Elle ajoute cependant, à juste titre *(loc. cit.)*, que si le partage successoral n'a pas eu lieu, il y a lieu d'inventorier toute la succession et de déterminer la part idéale du mineur.

HEFTI, parlant de l'inventaire de l'art. 398 al. 1 CC, relève qu'il doit contenir tout ce qui permet de fixer l'état du patrimoine du pupille et du reste compare les exigences de cet inventaire à celles que pose l'art. 580 CC. Il relève que l'inventaire doit être détaillé, estimatif, renseigner sur l'actif et le passif. Dans d'autres cas, tels que l'indivision ou la communauté prolongée des art. 229 CC et suivants, il y a lieu de faire l'inventaire de tous les biens de la communauté ou de l'indivision, la part (idéale) du mineur étant nécessairement une fraction du tout. On s'aperçoit d'ailleurs, si l'on ne perd pas de vue que l'enfant peut avoir des biens d'autre provenance, qu'en définitive la quote-part n'est qu'un élément de l'actif et les dettes qui grèvent cette quote-part un élément du passif. Pour le surplus, cf. TENCHIO, p. 83 à 88. Pour TENCHIO, l'inventaire doit donner très clairement et de manière articulée l'image des actifs et des passifs formant le patrimoine de l'enfant (p. 63). Il ajoute (p. 64) que cet inventaire doit indiquer non seulement la valeur des biens mais aussi l'emploi des capitaux. Pour les papiers-valeurs, il donnera leur exacte valeur nominale. Vu le but de l'inventaire, celui-ci doit comprendre tous les biens de l'enfant, savoir non seulement ceux dont il hérite (dans l'hypothèse la plus fréquente visée à l'art. 318 CC 2e al.), mais aussi les biens qui lui appartenaient auparavant, que le détenteur de l'autorité parentale ait ou non le droit d'administration. Cette remarque ne nous paraît que partiellement exacte et nous renvoyons au texte. Ainsi que le remarque cet auteur (p. 65/66), cela n'est pas toujours possible lorsque l'inventaire a lieu avant le partage entre héritiers. Mais il nous semble justement que c'est l'un des premiers devoirs du parent bon administrateur de provoquer ce partage ou du moins de le provoquer dans la plus large mesure possible.

Contra, la Direction de la justice du canton de Zurich (in RDT 1969 n° 16 cons. 3 p. 61), pour qui l'estimation n'a aucune importance, attendu que le but principal de cet inventaire est de renseigner l'autorité tutélaire sur la consistance et les modifications du patrimoine du mineur. Il n'y a aucune nécessité logique de ce dernier point (qui est vrai) à cet autre (qui est faux). C'est en effet qu'un patrimoine est non seulement un ensemble de biens, ce qui justifierait en effet de se contenter d'en faire la liste, mais de biens estimables, qui comme tels appellent une estimation. Il suit selon nous qu'ap-

404 CC font une mention particulière (154). Dès lors, il énumérera les meubles (art. 400 CC), soit individuellement soit par assortiments, ces derniers étant estimés globalement, les espèces (art. 401 CC), les titres (art. 402 CC), avec indication de leur numéro, le taux et l'échéance de l'intérêt, la date de dénonciation et de remboursement (155), les créances (art. 402 CC), même celles qui ne seraient pas encore échues ou qui seraient conditionnelles (156), les intérêts dans une entreprise (art. 403 CC), et les immeubles (avec les indications cadastrales (157) (art. 404 CC); cela comprend aussi toutes les espèces de droits réels portant sur des immeubles. Le passif comprendra toutes les obligations, y compris les droits de gages immobiliers, les servitudes et les cautionnements (158).

L'estimation que la loi impose doit se faire pour chaque article. Dans tous les cas, attendu l'art. 300 al. 2 CC, c'est à la valeur vénale que cette estimation doit avoir lieu. Pour la fixer, notam-

précier la gestion du détenteur de l'autorité parentale sans pouvoir apprécier ce qu'il gère et par conséquent sans pouvoir supputer les conséquences économiques de sa gestion n'est que l'accomplissement partiel de la tâche d'une autorité tutélaire. De son opinion, la Direction de la justice du canton de Zurich tire la conséquence que l'estimation des biens d'un inventaire n'a pas d'importance et que l'autorité tutélaire n'a pas à approfondir son examen là-dessus, sauf le cas où l'erreur est manifeste et celui où l'estimation est de nature à compromettre les intérêts du mineur. Il est à peine besoin de souligner que la règle posée et les exceptions qui y sont faites sont rigoureusement contradictoires — mais que ces exceptions, la Direction de la justice du canton de Zurich est bien obligée de les déduire, apparemment à son corps défendant, de la nature même de l'inventaire d'un patrimoine —.

(154) SCHIESSER (p. 34) n'articule pas les biens conformément à notre proposition, mais se borne à les diviser en immeubles, meubles et titres.

Il relève (p. 34/35) qu'une estimation globale des meubles a lieu le plus souvent et qu'on peut aussi concevoir une estimation par sous-catégories (meubles meublants, linges, argenterie, bijoux, etc.).

(155) Cf. TUOR/PICENONI, n. 8 ad 581 CC. Pour SCHIESSER (p. 34), on peut concevoir une individualisation des titres par séries, en indiquant le débiteur, le taux d'intérêt, la série, éventuellement la date d'émission, la date de dénonciation et la date de remboursement; on peut aller même plus loin, dans une deuxième hypothèse, en indiquant le numéro de chaque titre. A notre avis, la règle de sûreté du patrimoine énoncée à l'art. 399 CC va jusqu'à cette dernière individualisation. Relevons que selon l'art. 591 al. 2 CPC, chaque titre devrait recevoir dans le canton de Vaud un numéro d'ordre dans l'inventaire.

(156) Cf. TUOR/PICENONI, n. 8 ad 581 CC.

(157) Dans ce sens, SCHIESSER (p. 34) qui se réfère (n. 15) à la loi d'introduction de Bâle-Ville, qui exige, outre les indications cadastrales proprement dites, la valeur de l'assurance incendie. Dès lors que dans le canton de Vaud (art. 100 LVCC) l'inventaire est réglé par les art. 591 à 594 CPC, on relèvera que les immeubles doivent être portés à l'inventaire avec leur désignation cadastrale, leur contenance et l'indication des récoltes (art. 592 al. 3 CPC). Cf. aussi TUOR/PICENONI, n. 8 ad 581 CC.

(158) Cf. TUOR/PICENONI, n. 8 ad 581 CC.

ment pour les immeubles, il y a lieu de recourir à un expert (159). Pour les valeurs cotées en bourse, il y aura lieu de s'en tenir au cours du jour (160). Il nous paraît équitable, tout en inventoriant les créances contre les particuliers et qui ne sont pas des papiers-valeurs à leur valeur nominale, de les corriger en tenant compte notamment de la solvabilité de l'emprunteur. Il serait en effet inéquitable d'opposer au détenteur de l'autorité parentale, dans tous les cas, une valeur abstraite qui ne correspondrait pas au crédit réel qu'un commerçant avisé accorderait à de telles créances selon les habitudes du commerce (161) (161*bis*).

§ 3. Les attributions de l'autorité tutélaire

A. *Généralités*

La réunion des conditions légales fait un devoir à l'autorité tutélaire de surveiller la gestion du titulaire de l'autorité parentale. Il est à remarquer qu'elle ne reçoit d'avis que du cas de décès du père ou de la mère, de l'officier d'état civil du lieu de décès (art. 125 al. 5 OEC), et du cas de divorce, de l'autorité judiciaire (art. 130 ch. 4 OEC) (161*ter*). Aucune communication n'est prévue des cas de nullité de mariage, du décès constaté du père ou de la mère, ou de leur absence (cf. art. 130 ch. 1, 3 et 7 OEC). Il paraît qu'il y aurait lieu d'y remédier.

Si le titulaire de l'autorité parentale paraît négliger son devoir, l'autorité tutélaire doit le lui rappeler et le sommer de s'y soumettre

(159) Cf. Tuor/Piceноni, n. 10 ad 581 CC. Il résulte de l'art. 594 CPC que dans le canton de Vaud, les biens inventoriés sont estimés à la valeur vénale. Pour Schiesser (p. 35), le caractère estimatif de l'inventaire de l'art. 291 CC ancien résulte de son but, puisqu'il servira à surveiller l'administration légale du détenteur de l'autorité parentale et la bonne restitution du patrimoine administré. En revanche, tout en demandant en général l'estimation à la valeur vénale, Schiesser (loc. cit.) demande que les meubles soient estimés à la valeur de remploi. Dans tous les cas, on doit exclure la valeur au bilan d'éléments qui seraient compris dans le patrimoine d'une entreprise (id., p. 35).

(160) Cf. Tuor/Piceноni, n. 8 ad 581 CC. A relever l'art. 591 al. 3 CPC selon lequel les collections ou les assortiments qui ne peuvent être avantageusement vendus par parties sont portés en un seul article et sous un seul numéro, et font par conséquent, dans l'inventaire vaudois, l'objet d'une estimation globale.

(161) Dans ce sens, la Direction de la justice du canton de Zurich pour qui les créances doivent être estimées, quand elles ont à l'être, selon le cours normal des choses, c'est-à-dire selon leur valeur vénale (in RDT 1969 n° 16 cons. 3 p. 62).

(161*bis*) Le contenu de l'inventaire doit être estimé à la date où survient l'événement qui constitue le parent comme détenteur unique de l'autorité parentale, dans ce sens, Hegnauer (n. 20 ad 291 CC). Sur les délais, cf. cet auteur (n. 21 ad 291 CC).

(161*ter*) Cf. Hegnauer, n. 13 ad 291 CC.

(162). Doit-elle ordonner qu'il lui remette périodiquement un rapport et des comptes? Nous optons résolument pour l'affirmative en application de l'art. 318 al. 3 CC, attendu que la titularité unique de l'autorité parentale est le cas exemplaire, selon nous, d'une situation personnelle du parent qui justifie le recours à cet article. En outre, de même que l'inventaire du parent est l'analogue de celui du tuteur, de même l'identité de leur fonction emporte la nécessité identique de pouvoir apprécier la gestion de l'un et de l'autre par la comparaison nécessaire entre l'inventaire et les rapports et comptes successifs. Ce qui veut dire que l'inventaire n'a pas de sens si des rapports et comptes ne sont pas ensuite ordonnés; et, du reste, inversement ceux-ci sont inutiles si un inventaire n'est pas dressé. Ces éléments ne peuvent être dissociés l'un de l'autre.

B. *La dispense d'inventaire*

Lorsque le but de l'inventaire est atteint, c'est-à-dire lorsque l'autorité tutélaire connaît par ailleurs et dans le détail la composition du patrimoine du mineur et la valeur vénale de ses éléments, l'autorité peut dispenser le titulaire de l'autorité parentale de fournir un inventaire (163). Nous ne nous attarderons pas sur la forme que

(162) Dans ce sens, SCHIESSER (p. 36/37). TENCHIO (p. 64/65) remarque aussi que l'inventaire devrait être présenté à l'autorité sans avis spécial et sans fixation d'un délai. Dans les cas où un délai n'est pas légalement fixé, l'autorité le fixe librement.

L'art. 318 CC n'ouvre pas à l'autorité tutélaire d'autres pouvoirs que ceux que nous avons décrits ci-dessus. Par conséquent, prévoir sur la base de cet article que le détenteur unique de l'autorité parentale devra requérir l'approbation de l'autorité tutélaire pour tout acte de disposition sur les biens des enfants est un excès de pouvoir (cf. RDT 1958 p. 77/78 question 2).

(163) Dans notre sens, HEGNAUER (n. 54 ad 291 CC). Cet avis est aussi celui de la Direction de la justice du canton de Zurich (RDT 1969 n° 6 considérant 2 p. 18). A première vue, il semble également inutile de faire un inventaire s'il apparaît qu'il ne pourra être dressé avant la majorité du mineur, selon la Direction de la justice du canton de Zurich (in RDT 1969 n° 6 cons. 4 p. 18/19). Pourtant, cette autorité raisonne ainsi: 1° l'inventaire vaut, de la part du détenteur de l'autorité parentale qui en est l'auteur, reconnaissance de dette; 2° il est opposable en conséquence non seulement audit auteur, mais à ses ayants droit et ayants cause; 3° sa valeur comme titre de preuve n'est dès lors pas limitée à la minorité de l'enfant; 4° c'est une partie de la protection du patrimoine du mineur que celui-ci puisse en tout temps disposer d'un titre de preuve auquel la loi lui donne par conséquent un droit; 5° même donc tout près de sa majorité, il ne faut pas se dispenser de l'inventaire, sauf si le mineur a d'autres moyens de preuve d'une valeur équivalente; 6° l'examen de l'autorité tutélaire a ainsi pour but de procurer au mineur un titre de preuve aussi complet que possible; 7° l'enfant peut renoncer à ce titre de preuve, mais seulement s'il est majeur. Les considérations qui précèdent, intéressantes, paraissent un développement très en dehors du sens de l'institution. Mais il est curieux de voir l'autorité tutélaire retrouver dans cette perspective un rôle que la même autorité (in RDT 1969 n° 16 p. 61/62) lui dénie quand il s'agit de la fonction proprement utilitaire de l'inventaire et

peut prendre le moyen par lequel elle est informée. Ce qui importe, c'est l'identité du résultat. Il faut souligner cependant qu'il doit s'agir en tous les cas de substituts écrits, et ce pour la raison éminemment pratique que l'instrument par lequel l'autorité est renseignée doit pouvoir être comparé avec les rapports et les comptes donnés par le titulaire de l'autorité parentale. Ce qui suppose sa forme écrite, seule à assurer la permanence désirable de son témoignage.

Mais l'on doit se poser la question du rapport de l'inventaire de l'art. 318 al. 2 CC avec les autres inventaires prévus notamment par le droit fédéral, lesquels pourraient être envisagés comme ses substituts: à savoir l'inventaire fiscal (164), l'inventaire successoral (165)

de l'autorité chargée d'y veiller. La Direction de la justice du canton de Zurich conclut notamment: 1° l'autorité tutélaire doit exiger en tous les cas l'inventaire du détenteur de l'autorité parentale et l'examiner, que l'enfant ait ou non atteint sa majorité, sauf si ce dernier dispose d'un moyen de preuve équivalent; 2° l'enfant devenu majeur peut renoncer à l'inventaire et il faut s'assurer que sa déclaration est indemne de tout vice de la volonté. Pour nous, qui nous refusons de faire de l'inventaire une déclaration de volonté, nous admettons qu'on peut y renoncer si la majorité de l'enfant est proche, dans toute la mesure où on peut raisonnablement prévoir qu'en réalité le détenteur de l'autorité parentale n'aura pas le temps de gérer.

(164) En sens contraire, HEGNAUER (n. 38 et 39 ad 291 CC). TENCHIO (p. 67 à 69) traite remarquablement la question des substituts de l'inventaire. Il relève, comme nous, que le but de ces différents inventaires ne recouvre pas celui de l'art. 318 CC et qu'ils ne peuvent par conséquent s'y substituer entièrement, quelle que soit la mesure, en pratique très large, dans laquelle il est possible ainsi de recueillir les renseignements qui permettent de dresser ce dernier inventaire. Nous renvoyons au texte pour le surplus.

Ainsi, le Conseil d'Etat du canton d'Argovie (in ZBGR 22 p. 162 ch. 1), pour qui il peut suffire de se référer dans l'inventaire «privé» de l'art. 291 CC ancien à l'inventaire fiscal.

SPITZER, lui (RDT 1955 p. 4) mentionne l'inventaire fiscal au décès du père ou de la mère, mais exclusivement à titre de moyen de contrôle.

(165) Dans ce sens, HEGNAUER (n. 43 ad 291 CC). Dans ce sens, SILBERNAGEL (n. 19 ad 291 CC). Voir un cas dans une décision du Conseil d'Etat du canton de Lucerne in RDT 1962 n° 24 p. 90. Selon le Conseil d'Etat du canton de Soleure, in RDT 1963 n° 12 cons. 4 p. 62, le préposé à l'inventaire successoral demande que l'héritier mineur, s'il y en a un, reçoive un curateur (art. 392 ch. 2 CC); l'inventaire est ensuite soumis à l'approbation de la justice de paix. En règle générale, la part successorale du mineur doit être garantie. En l'absence de conflit d'intérêts, la présence d'un curateur nous paraît superflue. Voir aussi (même canton) RDT 1963 n° 29 p. 140.

Pour BOZER (p. 72), l'inventaire de l'art. 553 CC ne remplace pas celui de l'art. 291 CC ancien.

Selon SPITZER (RDT 1955 p. 3), dès lors qu'au décès de l'un des parents le patrimoine de l'enfant mineur consiste pour l'essentiel dans sa part à la succession indivise du père ou de la mère, l'inventaire successoral peut être retenu en premier lieu, de telle manière que l'inventaire de l'art. 318 CC équivaut dans une large mesure en cette hypothèse à l'inventaire successoral officiel de l'art. 553 CC. L'argument est fondé en pratique, mais il serait dangereux d'en tirer des conclusions trop absolues, l'enfant pouvant avoir d'autres biens.

(art. 553 CC), l'inventaire officiel (166) (art. 580 CC) et le contrat de partage (167) d'une succession.

Les actes susmentionnés ont pour principal inconvénient qu'ils n'ont pas trait au patrimoine du pupille (168). Certes, quant à la description des biens, ils pourraient suffire, à supposer que le mineur fût seul héritier (mais on est quasiment en dehors de l'hypothèse de l'art. 318 al. 2 CC) et qu'il n'eût d'autres biens que ceux qui lui proviennent de sa vocation successorale. En revanche et surtout, l'estimation n'a pas lieu selon les principes applicables à l'inventaire de l'art. 318 al. 2 CC (169). C'est évident pour l'inven-

Cela n'empêche pas SCHIESSER (p. 47), d'admettre que la législation cantonale puisse substituer en application de l'art. 553 al. 3 CC cet inventaire à celui qui nous occupe.

(166) Dans ce sens, HEGNAUER (n. 44 ad 291 CC). Pour la Direction de la justice et de la police du canton d'Argovie (cf. SJZ 36/1939/40, p. 47), l'inventaire officiel correspond mieux à la responsabilité qui pèse sur l'autorité tutélaire du chef de l'art. 318 CC. En outre, selon cette autorité, il est plus sûr.

(167) Dans ce sens, HEGNAUER (n. 46 ad 291 CC). Appliquant le principe, parfaitement juste en soi, que l'autorité tutélaire peut se dispenser de réclamer l'inventaire des biens du mineur au sens de l'art. 318 CC lorsqu'elle sait déjà exactement par ailleurs ce dont se compose sa fortune, le Tribunal fédéral (TF, 2e Cour civile, 3 décembre 1942, MOSER RO 68 II n° 54 cons. 11/1 p. 355) s'est abstenu de censurer une autorité tutélaire qui s'était contentée de l'acte de partage et d'un inventaire à titre de sûreté qui relevait que les mineurs intéressés étaient pour leur part titulaires de valeurs pour 5000 francs. Il est vrai que le Tribunal fédéral n'a pas examiné cette question plus à fond attendu que, ayant à statuer sur une action en responsabilité du tuteur, le lien de cause entre l'omission de cet inventaire et le dommage n'était pas prouvé, puisque le dommage provenait essentiellement de ce que les prétentions des mineurs contre leur père resté seul détenteur de l'autorité parentale après le décès de la mère n'étaient pas garanties. Or, c'est l'acte de partage lui-même qui prévoyait que les créances n'étaient pas garanties.

(168) Selon SCHIESSER (p. 47), même l'inventaire de l'art. 553 CC a l'inconvénient majeur qu'il ne fait état que des biens qui échoient au mineur par l'effet de la succession dont il s'agit.

Même l'inventaire fiscal ne tient pas toujours compte, contrairement à ce qui devrait avoir lieu en cas d'indivision successorale, du statut juridique des masses de biens: SCHIESSER, p. 44.

L'inventaire fiscal est un moyen de contrôle sur la manière dont le *de cujus* a rempli ses obligations fiscales (SCHIESSER, p. 45); le but de l'inventaire de l'art. 553 CC est la sauvegarde de la succession (CURTI-FORRER, n. 11 ad 553 CC); l'inventaire de l'art. 580 CC a pour but de permettre à l'héritier de se faire une opinion sur l'état de la succession avant de se décider pour l'acceptation ou la répudiation (CURTI-FORRER, n. 3 ad. 580 CC); alors que le but de l'inventaire de l'art. 291 CC ancien est, comme le dit expressément SCHIESSER (p. 47), de permettre à l'autorité tutélaire de savoir avec précision de quelle manière le détenteur de l'autorité parentale exerce ses droits et ses obligations sur le patrimoine du mineur (p. 47).

(169) Pour l'inventaire fiscal, voir l'opinion de SCHIESSER ad n. 168. L'estimation y est généralement trop basse (HEGNAUER, n. 39 ad 291 CC). Quant à l'inventaire de l'art. 553 CC, la législation fédérale ne prévoit pas qu'il soit estimatif

taire fiscal qui, d'une manière générale, a ses propres principes de taxation, touchant notamment les immeubles, taxation qui est assez différente de la valeur vénale des objets (170). Dans la mesure où l'inventaire successoral vaut inventaire fiscal, il souffre des mêmes défauts que celui-ci (171). Au surplus, l'estimation est un point relativement accessoire, alors qu'elle est capitale dans l'inventaire de l'art. 318 al. 2 CC, puisque c'est à partir de celle-ci que l'administration du titulaire de l'autorité parentale sera surveillée et qu'il devra rendre comptes. A cet égard, c'est l'inventaire officiel des art. 580 ss CC qui est le substitut adéquat de l'inventaire de l'art. 318 al. 2 CC (172), puisque l'estimation des biens ordonnée par la loi, a lieu à la valeur vénale. Encore n'est-il un substitut parfait qu'aux conditions que nous avons précédemment énumérées. Si elles étaient réunies, le contrat de partage d'une succession pourrait également être un substitut adéquat (172*bis*). En réalité, le défaut vient de ce que l'estimation des biens énumérés dans le contrat de partage est conventionnel. Le but de l'estimation est en effet beaucoup moins de fixer la valeur objective des éléments d'un patrimoine que d'éga-

(son but ne l'exige pas); la législation d'application vaudoise, par exemple, ne le prévoit pas non plus (cf. art. 130 LVCC et 591 al. 2 CPC: s'il y a lieu à estimation, alors qu'aucune disposition vaudoise ne le prévoit). En revanche, il est bien évident pour les raisons que nous avons expliquées ci-dessus au texte que l'estimation prévue par l'art. 580 CC suit des principes identiques à celle de l'art. 318 CC.

(170) Même remarque dans SCHIESSER (p. 44/45). Cet auteur *(loc. cit.)* relève aussi que l'estimation des meubles est généralement sommaire, voire globale.

En outre TENCHIO (p. 62 n. 8) relève à juste titre que le but de l'inventaire fiscal en cas de mort est d'avoir un moyen de contrôle pour établir si le sujet fiscal a ou non contrevenu à son devoir dans les limites de la loi et de servir de base à la taxation de l'impôt successoral. Ces fonctions le distinguent de l'inventaire du droit civil, qui a pour fin d'établir exactement la position patrimoniale d'une personne. TENCHIO ajoute que normalement l'inventaire officiel du droit civil devrait se substituer à l'inventaire fiscal.

(171) SCHIESSER (p. 44) relève que les meubles sont estimés sommairement et la plupart du temps globalement. A cela s'ajoute que, l'impôt n'étant perçu qu'au-delà d'une certaine fortune, il peut arriver qu'il n'y ait pas d'inventaire fiscal lorsqu'il est certain que le montant de la succession n'atteint pas le seuil critique (cf. sur ce point, SCHIESSER, p. 46 et n. 82). A relever enfin que l'inventaire fiscal ne fait aucune distinction entre les biens inventoriés et ne les distribue pas en apports, acquêts, et prétentions du survivant du chef du régime matrimonial: même remarque dans HEGNAUER (n. 38 ad 291 CC).

(172) Cf. HEGNAUER (n. 44 ad 291 CC). Ce n'est pas l'avis du Conseil d'Etat du canton d'Argovie (in ZBGR 22 p. 162 ch. 1), mais parce que l'inventaire de l'art. 580 CC est «officiel» *(öffentlich)*, tandis que celui de l'art. 291 CC ancien est «privé». De même l'inventaire de l'art. 553 CC est «officiel».

A l'appui de notre opinion, on pourrait citer HEFTI (p. 143) qui, parlant certes de l'inventaire de l'art. 398 al. 1 CC, le rapproche de celui de l'art. 580 CC.

(172*bis*) Dans ce sens, HEGNAUER (n. 46 ad 291 CC).

ler la valeur des objets attribués à un héritier à la part idéale de celui-ci. L'estimation des biens aboutit à une valeur d'échange entre les parties au contrat beaucoup plus qu'à une valeur d'échange sur le marché. Au surplus, les héritiers sont libres de la description des biens partagés.

En définitive, seul l'inventaire officiel de l'art. 580 CC, à condition que l'enfant soit unique héritier, peut remplacer l'inventaire de l'art. 318 al. 2 CC. A cette exception près, celui-ci n'a aucun substitut.

C. *L'inventaire*

Si l'inventaire de l'art. 318 al. 2 CC est l'analogue de celui de l'art. 398 al. 1 CC (et les comptes et rapports du titulaire de l'autorité parentale, les analogues des rapports et comptes du tuteur), nous pouvons conclure que l'activité de l'autorité tutélaire, au reçu de l'un et des autres, est celle, *mutatis mutandis*, que définit l'art. 423 al. 1 et 2 CC. On peut la diviser en trois parties, l'examen, le complément et la rectification, la prise des mesures commandées par les circonstances.

1. *Examen*

L'examen de l'inventaire et des comptes et rapports serait une formalité vide de sens s'il ne permettait pas à l'autorité tutélaire de décider s'il y a lieu ou non de prendre les mesures que commanderait, le cas échéant, l'intérêt du mineur (cf. art. 423 al. 2 CC in fine). C'est pourquoi l'autorité tutélaire doit accompagner la pure et simple lecture des pièces par un interrogatoire (173), sous la forme d'un entretien oral ou d'un rapport complémentaire écrit, peu importe (174), en vue de fixer des points essentiels pour l'apprécia-

(173) Dans ce sens, HEGNAUER (n. 85 ad 291 CC). Partant de la position erronée décrite à la n. 153, la Direction de la justice du canton de Zurich (in RDT 1969 n° 16 cons. 2 p. 61) considère que l'autorité tutélaire peut s'en tenir à un examen de routine, à l'aide des pièces qu'elle peut se procurer facilement (inventaire successoral, extrait du registre foncier, etc.). Autant dire qu'elle ne peut se contenter d'un examen superficiel.

Pour le Conseil d'Etat du canton d'Argovie, l'autorité tutélaire peut enquêter, par exemple, auprès de proches parents ou par audition du détenteur de l'autorité parentale, si elle a des doutes sur l'exactitude de l'inventaire (ZBGR 22 p. 163 ch. 2).

(174) Dans ce sens, SCHIESSER qui (p. 52), non content de rappeler que l'avis de l'art. 291 CC ancien doit permettre une vue claire de l'ensemble du patrimoine et par conséquent revêtir d'une certaine manière le caractère d'un nouvel inventaire, relève que l'autorité doit être mise au courant de tous les faits qui sont nécessaires pour permettre la comparaison entre l'avis, les avis antérieurs, et l'inventaire, ce qui a une grande importance en cas de remploi. C'est applicable aux rapports successifs.

tion de la situation qui ne seraient pas relevés dans l'inventaire ni dans les rapports et comptes:

— le lieu où sont déposés les titres, objets de prix, documents importants et autres choses semblables (art. 399 CC);
— les objets mobiliers qui ont une valeur d'affection pour la famille du mineur ou pour ce dernier (art. 400 al. 2 CC);
— les établissements financiers où est placé l'argent comptant du mineur non affecté à un emploi spécial (art. 401 al. 1 CC);
— les garanties offertes par les débiteurs du mineur (art. 402 al. 1 CC);
— les particularités nécessaires pour apprécier la solidité et le rendement des entreprises ou des sociétés de capitaux auxquelles le mineur est intéressé, et où il a une responsabilité personnelle ou un capital important (cf. 403 et 422 ch. 3 CC).

En outre, l'autorité tutélaire doit, à notre avis, requérir pour les actes dont elle est avisée les mêmes renseignements qu'elle a l'habitude de demander au tuteur lorsqu'elle est dans le cas de ratifier le consentement de ce dernier. Les mêmes éléments qui appellent ou écartent son approbation sont en effet ceux qui n'appelleront pas, ou appelleront, son intervention en vue de prendre les mesures de protection nécessaire (175).

2. *Compléments et rectifications*

Il va sans dire que l'examen de l'autorité tutélaire doit porter sur l'exactitude matérielle du contenu de l'inventaire, du rapport et des comptes et de leur caractère complet (176). Ce faisant, elle peut

(175) Lorsque nous parlons d'approbation, nous n'entendons pas qu'il s'agit d'une décision constitutive ayant des effets juridiques sur la titularité des biens portés à l'inventaire; pour nous, il s'agit d'une homologation où l'autorité se borne à prendre officiellement acte; sur la distinction, cf. SCHIESSER, p. 95/96.

Il va donc sans dire (dans le même sens, TENCHIO, p. 70) que l'autorité de tutelle n'a pas à approuver les opérations qui sont rapportées.

Même en cas d'inventaire, le titulaire de l'autorité parentale n'a pas à soumettre ses opérations à l'approbation de l'autorité tutélaire: ainsi BOZER, p. 11.

(176) Dans ce sens, HEGNAUER (n. 74/75 ad 291 CC). Sur l'examen de l'inventaire, cf. cet auteur (n. 47 ad 291 CC). Selon lui, l'autorité tutélaire doit s'assurer du caractère complet et exact de l'inventaire, recourir aux pièces utiles, notamment l'inventaire fiscal, et, s'il y a des immeubles, au registre foncier. Cependant, sauf indice en sens contraire, elle peut, selon cet auteur, se contenter de l'affirmation du détenteur de l'autorité parentale que l'inventaire est exact et complet. Cet examen porte également sur les questions de droit; nous nous permettons de renvoyer, sur les différentes questions, à cet auteur (n. 48 ad 291 CC). A relever l'opinion inquiétante de la Direction de la justice du canton de Zurich (in RDT 1969 n° 16 cons. 2 p. 61) pour qui l'autorité

recourir tant à l'audition du titulaire de l'autorité parentale qu'à l'emploi de tout moyen de preuve qu'elle jugera pertinent (177).

tutélaire peut se borner à un «examen de routine» en s'aidant des pièces qui lui sont facilement accessibles (inventaire fiscal, extrait du registre foncier, etc.). C'est la suite de l'idée (fausse) de l'«inventaire-déclaration» du détenteur de l'autorité parentale, qui n'engage que celui-ci — et encore, sous condition —.

Dans notre sens, on notera que SPITZER (RDT 1955 p. 3) relève que l'autorité tutélaire zurichoise établit d'office l'inventaire en s'aidant des déclarations du parent. Cela «afin que cet inventaire soit complet et utilisable».

C'est à juste titre que SCHIESSER (p. 38/39) relève que l'autorité tutélaire doit s'assurer du bien-fondé des droits qui appartiennent à l'enfant, soit qu'il résulte de la loi, soit qu'il résulte d'un acte juridique. S'il résulte de la loi, SCHIESSER remarque avec raison que l'autorité tutélaire doit se convaincre que la loi a été bien appliquée. Elle prend alors tous les renseignements nécessaires s'il s'agit d'un loi étrangère ou s'il y a eu application successive de deux lois différentes. En outre, elle doit être certaine que toutes les prétentions du mineur fondées sur un acte juridique ont été prises en considération lors de l'établissement de l'inventaire, et de citer, à ce propos, les contrats de mariage et les dispositions de dernière volonté (cf. p. 39).

BINDSCHEDLER (p. 57) va aussi dans ce sens lorsqu'elle précise que l'inventaire de l'art. 291 CC ancien doit être complet et exact, et regrette, pour la sécurité du patrimoine du mineur, que la loi n'exige pas un inventaire officiel. Distinguons: là où l'autorité tutélaire fait son métier et collabore à la rédaction de l'inventaire, on a l'inventaire officiel que BINDSCHEDLER appelle de ses vœux. En revanche, il n'est nullement nécessaire de recourir à la procédure de l'art. 398 al. 3 CC si l'on admet que l'autorité tutélaire peut agir subsidiairement au détenteur de l'autorité parentale.

(177) Même remarque dans HEGNAUER (n. 38 et 49 ad 291 CC, ainsi que, pour les pièces, la n. 50 ad 291 CC). L'autorité tutélaire peut demander des renseignements auprès de tiers (HEGNAUER, n. 81/82 ad 291 CC). Même avis de FURRER (RDT 1948 p. 59).

On relèvera du reste que pour SPITZER (RDT 1955 p. 3/4), l'autorité tutélaire contrôle l'inventaire de l'art. 291 CC ancien en se faisant produire l'inventaire fiscal de la succession; en faisant remarquer d'autre part que le droit cantonal (zurichois) peut réprimer comme contravention le fait pour ceux qui y sont tenus de n'avoir pas donné des renseignements suffisants (selon la loi zurichoise d'introduction au Code civil, ces personnes peuvent être des tiers, selon SPITZER), il apparaît en définitive que l'autorité tutélaire peut même recourir à des témoignages, certificats ou attestations en vue de contrôler les déclarations de l'intéressé.

TENCHIO (p. 62/63 n. 8) relève que l'autorité tutélaire peut, le cas échéant, comparer l'inventaire de l'art. 291 CC ancien et le vérifier par comparaison avec l'inventaire fiscal et s'assurer du caractère complet et véridique de celui-là.

SCHIESSER (p. 40) posant la question de savoir si le titulaire est tenu de fournir des pièces justificatives, blâme la Direction de la justice du canton de Zurich d'avoir demandé aux autorités tutélaires de se faire produire, en cas d'indivision successorale, les livres commerciaux et autres pièces analogues en vue de l'examen de l'inventaire. Selon lui, dès lors qu'on peut se trouver en conflit avec le droit du détenteur de l'autorité parentale au secret d'affaire ou simplement au secret personnel, il faudrait pour que cette production fût ordonnée, une base légale. Nous ne partageons pas l'avis de SCHIESSER, dès lors que pour nous la base légale suffisante n'est autre que l'art. 318 CC, d'où procède, nous le répétons, l'obligation de l'autorité tutélaire de provoquer l'inventaire (à tout le moins).

C'est à juste titre que SCHIESSER (p. 41) remarque qu'en cas de doute ou de dissentiment sur les prétentions du mineur, telles qu'elles sont constatées à l'inventaire, il

Cette instruction n'est à chef que lorsque l'autorité tutélaire a acquis la certitude que l'inventaire et le rapport ou les comptes sont exacts et complets. Nous ne répéterons jamais assez que, l'un et l'autre n'étant pas de pures déclarations du titulaire de l'autorité parentale, ils ne peuvent être remis tels quels et doivent être de toute nécessité vérifiés sous ces deux points de vue (178).

S'il se révèle que l'inventaire, le rapport ou les comptes sont imparfaits à cet égard, l'autorité tutélaire doit ordonner qu'ils soient rectifiés ou complétés. Par qui? Si le titulaire de l'autorité parentale peut en être chargé, par lui ou par l'un de ses auxiliaires. Mais l'autorité tutélaire peut aussi confier cette tâche à un représentant (au sens où l'art. 398 al. 1 CC parle d'un représentant de l'autorité tutélaire), lorsqu'il appert que le parent ne peut ou ne veut pas le faire (179).

n'appartient pas à l'autorité tutélaire de trancher, mais il y a lieu de provoquer une action en déclaration de droit.

Ainsi que le remarque cet auteur (p. 39/40), l'autorité tutélaire doit se procurer des documents de comparaison, comme des extraits du registre foncier, des inventaires fiscaux, sans se soucier — nous l'approuvons sur ce point — des différences dans l'estimation, dans toute la mesure où d'autres inventaires, par exemple, n'estimeraient pas sur le même pied. Elle doit cependant lever ses doutes lorsque l'estimation a lieu dans toutes les pièces de comparaison à la valeur vénale. Elle recourt donc à un expert. SCHIESSER ne le dit pas, mais cela nous paraît résulter de ce que nous avons dit au texte.

En particulier, l'autorité tutélaire devra (cf. SCHIESSER p. 35 et n. 9) comparer l'inventaire avec les actes qui l'ont précédé, tels que, dans le cas le plus fréquent, les actes relatifs à la liquidation du régime matrimonial entre les époux et au partage de la succession échue notamment au mineur.

Selon le Conseil d'Etat du canton d'Argovie (in ZBGR 22 p. 162 ch. 1), l'autorité tutélaire peut, si elle n'est pas d'accord avec l'inventaire, requérir des explications, des compléments, la production de pièces justificatives.

(178) Dans ce sens EGGER, n. 8 ad 291 CC. Moins affirmative, la Direction de la justice du canton de Zurich (cf. n. 176).

Il n'y a point d'approbation tutélaire au sens de l'art. 423 CC de l'inventaire ou des avis postérieurs. SCHIESSER (p. 41) a raison d'en faire la remarque. L'autorité tutélaire se borne à homologuer l'inventaire — comme l'avis — après les compléments et rectifications qui seraient nécessaires. Ce serait dépasser le but de l'institution, qui s'épuise en une information, que d'exiger une approbation expresse ayant par elle-même des effets juridiques.

SCHIESSER (p. 52) relève que l'autorité tutélaire n'a pas tout à fait à prendre la même attitude après l'examen de l'avis qu'après l'examen de l'inventaire. Sans les commenter, il oppose deux attitudes possibles, l'une qui consisterait en une approbation formelle de l'autorité, l'autre dans une simple homologation. Il est évident pour nous que c'est cette dernière attitude qui est la bonne, l'autorité n'ayant qu'à prendre acte et à intervenir le cas échéant si de l'avis résulte que le détenteur de l'autorité parentale néglige son devoir ou que les biens du mineur sont en péril. Mais il est évident, en tout cas, que contrairement à ce qui se passe dans le cas de l'art. 423 CC, on n'est pas en présence d'une ratification par l'autorité de l'acte ou des actes du détenteur de l'autorité parentale.

(179) En revanche, contrairement à EGGER (n. 8 ad 291 CC), nous n'admettons pas que l'autorité tutélaire puisse ordonner un inventaire officiel au sens de l'art. 398

Les art. 318 al. 2 et 423 al. 2 CC combinés nous permettent de conclure que l'autorité tutélaire peut, si elle le juge utile, et notamment si le titulaire de l'autorité parentale est incapable de procéder à un inventaire, se refuse à le faire ou en produit un inutilisable,

al. 3 CC. En application du paragraphe 58 de la loi zurichoise d'introduction au Code civil, l'autorité tutélaire zurichoise ordonne un inventaire officiel, si l'époux auquel incombe le devoir de se prêter à la confection ne le fait pas à temps (SPITZER, RDT 1955 p. 4).

Le Conseil d'Etat du canton d'Argovie invite les autorités tutélaires, lorsque le cas est compliqué et que le détenteur de l'autorité parentale ne s'entoure pas de conseils juridiques, à lui donner les avis et directions nécessaires. Lorsque le détenteur de l'autorité parentale ne veut rien faire, l'autorité tutélaire pourra menacer de faire procéder, par un curateur *ad hoc* nommé à l'enfant et un membre de l'autorité tutélaire, à un inventaire (au sens de l'art. 398 CC) et en application des art. 307 et 324 CC. Il nous paraît inutile d'invoquer ici l'art. 324 CC et de nommer un curateur, car il n'y a pas d'opposition d'intérêts: il est plus simple d'appliquer l'art. 398 al. 1 CC et de se conformer au dispositif de celui-ci.

Lire in SJZ 32/1935/36, p. 155 n° 32 un exemple où, devant la résistance passive de la mère, l'autorité tutélaire zurichoise a désigné un employé de son greffe comme «auteur extraordinaire de l'inventaire».

Pour la Direction de la justice du canton de Zurich (in RDT 1969 n° 16 cons. 2 p. 61), en cas de carence du détenteur de l'autorité parentale il y a lieu de faire un inventaire au sens de l'art. 553 CC ou d'appliquer l'art. 324 CC (sans compter d'autres mesures). Pourquoi recourir à ces articles alors que, si l'on nous suit, l'art. 318 CC est une base suffisante? Sans compter que ce peut être une autre situation qu'un décès qui motive l'inventaire de l'art. 318 CC et en ce cas on ne voit plus ce que vient faire l'inventaire de l'art. 553 CC; et si l'inventaire est pris en application de l'art. 324 CC - et à plus forte raison de l'art. 325 CC si le détenteur de l'autorité parentale est réduit à la condition de tuteur — on est en dehors de l'hypothèse qui fonde l'application de l'art. 318 CC. En fait, on détourne de leur sens clair des dispositions légales pour refuser de donner à d'autres la portée que nécessitent leur sens et leur but.

SCHIESSER (p. 37/38) relève que c'est au détenteur de l'autorité parentale de faire l'inventaire ou, à défaut, de désigner un tiers capable pour le faire à sa place. Il taxe d'illégalité la pratique de certaines autorités tutélaires qui délèguent une personne de leur personnel pour collaborer avec le détenteur de l'autorité parentale à l'établissement de l'inventaire. Pour lui tombe sous le même reproche la pratique de certaines autorités de désigner un curateur au sens de l'art. 392 ch. 2 CC pour collaborer. Sur ce dernier point, nous sommes entièrement d'accord avec sa manière de voir, puisque dans cette hypothèse, il n'y a pas opposition d'intérêts au sens de la loi. En revanche, nous n'admettons pas que SCHIESSER ait raison lorsqu'il affirme (p. 38) que la collaboration de l'autorité tutélaire ne peut intervenir que comme la sanction d'un inventaire négligé ou mal fait ou lorsqu'il atteste d'emblée que le patrimoine du mineur est en péril. Il nous paraît au contraire qu'il ne s'agit pas de sanction, mais d'activité subsidiaire de l'autorité tutélaire, qui est tenue de faire un inventaire au même titre que le détenteur de l'autorité parentale, pour les mêmes raisons. Dès lors, hors de tout problème de sanction, l'autorité tutélaire doit en se faisant dresser l'inventaire par un auxiliaire seul ou en concours avec le détenteur de l'autorité parentale, remédier à une éventuelle défaillance de celui-ci. Du reste, l'art. 70 LVCC règle le cas pour le canton de Vaud: «L'inventaire... est dressé d'office par le juge de paix... s'il n'a pas été remis au juge dans les vingt jours dès l'entrée en possession des biens par l'époux qui exerce l'autorité parentale. Il en est de même si le juge estime que l'inventaire privé qui lui est produit est insuffisant ou n'offre pas les garanties voulues.» Nous approuvons

faire rétablir un inventaire de son chef, dans les formes prévues par la loi cantonale. Si elle a, en effet, le pouvoir de faire corriger ou de faire compléter, elle a aussi celui de faire ou de refaire. Il n'est donc nullement besoin d'aller chercher le fondement de cette compétence dans l'art. 324 CC (180).

3. *Mesures à prendre*

Si l'autorité tutélaire constate, en comparant l'inventaire et rapports et comptes, que la situation des biens du mineur nécessite son intervention, elle est fondée, selon le cas, à prendre les mesures prévues par les art. 324 et 325 CC, que nous allons étudier dans la partie suivante (181).

entièrement cette réglementation, qui est conforme à l'esprit de l'art. 318 CC. En résumé, en cas de défaillance du détenteur de l'autorité parentale en vertu de l'art. 318 CC, l'autorité tutélaire peut imposer un collaborateur au détenteur de l'autorité parentale, soit pour l'aider, soit pour le suppléer dans l'établissement de l'inventaire.

(180) Comme le font HEGNAUER (n. 55 à 63 ad 291 CC) et SCHIESSER, p. 132 et 134; ce dernier remarque cependant *(loc. cit.)* que l'autorité tutélaire peut exiger des pièces justificatives, des compléments et des corrections en application des principes généraux de la procédure administrative. Ces principes généraux, selon nous, ne doivent pas être cherchés ailleurs que dans l'art. 318 al. 2 CC. Selon SPITZER (RDT 1955 p. 4), l'autorité tutélaire zurichoise fait dresser un inventaire d'office si l'époux à qui ce devoir incombe ne le fait pas à temps. Ce faisant, elle applique le paragraphe 58 de la loi zurichoise d'introduction au Code civil, ce qui montre bien qu'il ne s'agit nullement ici d'appliquer l'art. 324 CC.

TRÜB (p. 57) prévoit aussi l'application de l'art. 324 CC si le détenteur de l'autorité parentale ne se soumet pas à l'obligation de faire un inventaire; de même SCHIESSER (p. 42).

Il est encore moins utile d'admettre (comme SCHIESSER, p. 80) que lorsque l'inventaire est incomplet et peu sûr, il y a lieu de considérer qu'un conflit d'intérêts existe entre le détenteur de l'autorité parentale et le mineur et de désigner un curateur en application de l'art. 392 ch. 2 CC.

(181) Sur la base du seul art. 318 al. 2 CC, elle ne peut cependant décider que les changements importants dans le patrimoine du mineur seront soumis à son approbation: par exemple, interdiction pour le détenteur de l'autorité parentale de faire des prélèvements sur le carnet d'épargne du mineur sans l'approbation préalable de l'autorité tutélaire, une annotation étant faite dans le carnet à cet effet: telle était la pratique dans le canton de Soleure, comme dans d'autres cantons (Conseil d'Etat du canton de Soleure, in RDT 1963 n° 12 cons. 3 p. 60; cf. aussi RDT 1964 n° 16 cons. 2 p. 99).

Dans notre sens, TENCHIO p. 71 et EGGER, n. 8 ad 291 CC.

L'art. 291 ancien CC n'ouvre pas à l'autorité tutélaire d'autres pouvoirs que ceux que nous avons décrits ci-dessus. Par conséquent, prévoir sur la base de cet article que le titulaire unique de l'autorité parentale devra requérir l'approbation de l'autorité tutélaire pour tout acte de disposition sur les biens des enfants est un excès de pouvoir (cf. RDT 1958 p. 77/78 question 2).

Link (RDT 1965 p. 14 ch. V/d) remarque que si du fait du partage ou pour d'autres raisons le détenteur de l'autorité parentale et ses enfants forment une société ou si les enfants sont dans une large mesure créanciers du détenteur, le devoir de l'autorité tutélaire et du curateur est de prendre des dispositions pour garantir les enfants. Il est bien évident que l'art. 318 CC ne permet rien de pareil. Selon Link encore, cela comporte le devoir de se faire présenter à intervalles réguliers le compte de pertes et profits et le bilan de l'entreprise et de désigner un curateur aux enfants chargé de surveiller la marche d'une entreprise en contrôlant ses pièces. Là encore, l'art. 318 al. 2 CC ne permet rien de pareil.

L'autorité tutélaire peut prendre sur le vu de l'inventaire la décision de se contenter de celui-ci, ou de prendre encore d'autres mesures (Hegnauer, n. 51 ad 291 CC). En particulier, l'inventaire peut être joint à un contrat de partage que l'autorité approuve et dont elle surveille l'exécution de l'application de l'art. 306 CC. Si le partage est décidé, elle désigne un curateur en application de l'art. 392 CC et 306 CC. Cf. sur ces points, Hegnauer (n. 51 à 53 a ad 291 CC). Contrairement à Hegnauer (n. 53 et 53 a ad 291 CC), nous ne pensons pas qu'il appartient à l'autorité tutélaire de prendre une décision sur le partage. La question du partage ou de l'indivision est résolue exclusivement par le détenteur de l'autorité parentale. S'il y a abus de son pouvoir, l'autorité tutélaire intervient en application de l'art. 324 CC et aux conditions de cet article. En revanche, c'est à l'autorité tutélaire, agissant au nom des enfants, qu'il appartient de consentir à la continuation de la communauté ou à la dissolution de celle-ci (art. 229 et 232 CC): Hegnauer (n. 53 ad 291 CC).

Chapitre II

Le concours de l'autorité

Section 1 : L'approbation des prélèvements aux fins d'entretien (art. 320 al. 2 CC)

§ 1. Portée de l'article

L'art. 276 al. 1 CC fait un devoir aux père et mère de supporter les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant, c'est-à-dire de grever leur propre patrimoine ou, en d'autres termes, de diminuer leur actif ou d'augmenter leur passif du prix des biens et des services que, par ailleurs, ils sont tenus de procurer à l'enfant en vue de son développement physique et psychique (181*bis*). Dans ce sens, l'art. 276 al. 2 CC exprime que l'entretien est assuré par les soins et l'éducation ou, lorsque l'enfant n'est pas sous la garde de ses père et mère, par des prestations pécuniaires. Ce devoir est de nature familiale, puisqu'il naît du lien juridique de filiation entre ceux qui en sont grevés et le bénéficiaire. D'où une première conséquence : une fois survenu l'avènement de la condition, le devoir d'entretien existe envers tous les enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors de celui-ci. En particulier, il est égal que les père et mère aient l'autorité parentale sur le mineur, puisque les articles précités ont effet

(181*bis*) Hedwig Widmer (p. 17) relève que le devoir d'entretien de l'art. 276 CC est suspendu pour ne laisser de place qu'à celui de l'art. 328 CC, lorsque l'enfant vit dans la fainéantise et dans l'inconduite. Ce point de vue nous paraît fondé. En effet, le devoir d'entretien vise les frais de mesure tendant à l'éducation et au développement de l'enfant. Si la nature de ce dernier est rebelle à toute éducation, les dépenses n'ont plus de sens, ni par conséquent leur remboursement. C'est ainsi, par exemple, que la prostituée qui entretiendrait un enfant souteneur, ne pourrait pas réclamer aux père et mère le remboursement des dépenses qu'elle aurait faites pour l'entretien et l'éducation complets de son amant, mais seulement les dépenses qu'elle a faites pour le tirer du besoin, au sens de l'art. 328 CC. Bien entendu, seraient à la charge des père et mère les frais de mesure prise pour remédier à l'inconduite ou à la fainéantise du mineur, par exemple des mesures de placement.

alors même que l'autorité tutélaire peut placer l'enfant sous tutelle (182). C'est dire que l'art. 276 al. 1 CC s'applique même si l'enfant est sous tutelle (183). D'un autre côté, tout enfant est astreint à l'entraide prévue par l'art. 272 CC, puisqu'il y est tenu au titre suffisant du lien familial et que ce devoir ne disparaît qu'avec la filiation (184). Il est donc logique de penser que tout parent astreint à l'entretien peut demander que son enfant, obligé à l'entraide, satisfasse à son obligation en laissant opérer sur son capital les prélèvements qui permettront au parent de s'acquitter du devoir d'entretien. A cet égard, peu importe que l'enfant soit sous l'autorité parentale ou sous tutelle.

(182) Même remarque dans Hedwig WIDMER, p. 13/14. *Contra* SCHIESSER (p. 123) qui ne donne point de raison convaincante.

Dès lors, l'opinion de cet auteur (p. 124), selon lequel l'art. 320 al. 2 CC n'est rien d'autre qu'un cas particulier de collision d'intérêts, n'est pas vraie dans tous les cas et par conséquent l'art. 306 CC ne peut être le fondement juridique de l'article, puisqu'il s'applique même si le père ou la mère n'administrent pas.

(183) Nous nous opposons par là à HEGNAUER (n. 218 ad 272 CC; cf. cependant n. 219 et 219 a ad 272 CC), pour qui le droit de prélever sur les biens du mineur est une extension du droit de disposition au titre de l'administration légale; partant, pour cet auteur, très logiquement, les prélèvements sont dans la compétence du tuteur (n. 219 ad 272 CC) et les parents ne sont pas intéressés. Mais, 1° un effet essentiel de l'autorisation prévue à l'art. 320 al. 2 CC, ainsi qu'on le verra plus tard, est de dispenser de l'obligation de rembourser au mineur les dépenses qu'il a faites pour son entretien, obligation qui a son fondement dans les règles sur la gestion d'affaires; 2° Certes, les parents d'un enfant sous tutelle n'ont pas le pouvoir de disposition, mais ils peuvent demander à être dispensés de dédommager le mineur des prélèvements que le tuteur aurait dû faire sur les biens de son pupille en vue de son entretien, en cas de carence des père et mère pour les causes prévues à l'art. 320 al. 2 CC; quand bien même l'application de l'art. 320 al. 2 CC serait réduite, pour ce qui concerne les parents non détenteurs de l'autorité parentale, à cet effet, son application serait encore justifiée. On relèvera que pour FREY aussi (p. 87), l'application de l'art. 320 al. 2 CC suppose que les père et mère sont administrateurs légaux.

Selon Hedwig WIDMER (p. 19), lorsqu'il y a lieu de faire des prélèvements sur le patrimoine soustrait à la jouissance légale, l'autorité tutélaire ayant donné son approbation, le tiers administrateur (curateur) devra mettre à la disposition des père et mère les montants nécessaires. Dès lors que l'art. 320 al. 2 CC trouve son application quand bien même les père et mère ne sont pas détenteurs de l'autorité parentale, et dès lors dans des cas où ce dernier a un tuteur, il apparaît que l'attitude qu'Hedwig WIDMER exige du curateur doit être identiquement celle du tuteur.

(184) L'art. 272 CC vaut même lorsque les parents mineurs ne sont pas soumis à l'autorité parentale des père et mère (HEGNAUER, n. 10 ad 271 CC). Pour Hedwig WIDMER (p. 14), l'art. 320 al. 2 CC ne s'applique qu'aux enfants légitimes. Cela nous paraît erroné. La loi même le dit. L'art. 320 al. 2 CC s'applique aussi loin qu'il existe un devoir d'entretien à la charge de l'un des auteurs de l'enfant.

§ 2. Motifs de l'autorisation

A. *Emploi des fonds*

Le premier motif de l'intervention de l'autorité tutélaire consiste dans la nature même du prélèvement, objet de l'autorisation. Le prélèvement visé par l'art. 320 al. 2 CC est d'abord l'échange contre son prix d'un bien ou d'un service destiné à satisfaire à un besoin du mineur: c'est un emploi des espèces de ce dernier. En outre, dans la mesure où le patrimoine du mineur ne comprend pas d'espèces, l'acte de disposition qui consiste à en faire emploi est nécessairement précédé d'un autre, qui consiste à échanger un bien du mineur (184*bis*) contre son prix en espèces. Il faut entendre cette opération dans un sens très large. Il peut s'agir aussi bien de la vente d'un meuble ou d'un immeuble, que de la cession d'une créance. Dans tous les cas, c'est une aliénation (185).

Le tuteur peut (art. 401 al. 1 et 413 al. 1 CC combinés) faire des espèces du pupille les emplois suivants: 1° les affecter aux besoins personnels du pupille; 2° les affecter à une opération déterminée; 3° les placer à intérêt dans un établissement financier ou en titres sûrs; quant à ces espèces, elles procèdent: 1° de la conversion des créances insuffisamment garanties (art. 402 al. 1 CC); 2° de la vente des meubles (art. 400 al. 1 CC) et des immeubles (art. 404 al. 1 CC), dans la mesure où l'intérêt du pupille l'exige; 3° de la liquidation des entreprises industrielles et commerciales, dans la mesure où l'intérêt du pupille l'exige (art. 403 CC). Il n'y a donc lieu à dénaturer en espèces les biens du pupille que si son intérêt l'exige et de ne faire de ces espèces que les emplois exigés par la loi. Cela, pour assurer le maintien de la substance du patrimoine et pour lui procurer la productivité due.

Tenus des mêmes devoirs, les père et mère ont les mêmes droits, sauf celui d'affecter les espèces du mineur à ses besoins personnels. C'est en effet l'objet du devoir d'entretien, que les dépenses qui servent à y satisfaire (186). On prendra garde que nous ne parlons

(184*bis*) Pour Bindschedler (p. 100), l'art. 272 al. 2 ancien CC trouve aussi son application lorsque le prélèvement s'opère sur les biens libérés de l'art. 294 CC.

(185) Schiesser (p. 108) fait de l'aliénation d'un élément du patrimoine du mineur le premier élément de la définition du prélèvement. Cependant, ce prélèvement peut se faire sur des espèces. A relever que c'est l'application des espèces du mineur à un bien ou à un service relatif à son entretien ou à son éducation qui est l'objet propre de l'autorisation; en effet, la dénaturation elle-même relève du libre pouvoir des père et mère en vertu de leur administration légale (cf. Hegnauer, n. 221 ad 272 CC).

(186) Frey relève que les tiers qui procurent des biens et des services au mineur agissent dans l'intérêt des parents (p. 272).

pas ici des capitaux représentatifs de l'entretien, qui précisément sont destinés à être absorbés par ces dépenses. La loi du reste le marque en opposant à ces capitaux (art. 320 al. 1 CC) les «autres biens de l'enfant», qui font l'objet de la réglementation que nous étudions présentement. Pour ce qui concerne ces biens, les père et mère peuvent exclusivement les affecter à une opération financière déterminée ou à un placement. Il devient alors évident que l'autorisation de l'autorité tutélaire a pour objet premier une dérogation aux règles qui précèdent, c'est-à-dire en définitive au principe de productivité de cette partie du patrimoine (187).

(187) SCHIESSER (p. 108) peut être invoqué à l'appui de notre opinion, lorsqu'il dit que le prélèvement se caractérise par le fait qu'après avoir disposé d'un placement du mineur, le représentant légal l'affecte à une acquisition qui n'a pas le caractère d'un nouveau placement, mais vise des objets de consommation ou d'usage. Il ajoute cependant que c'est la volonté du détenteur de l'autorité parentale qui fait règle. A notre avis, cette volonté est sans pertinence, dès lors que les objets affectés ou objectivement affectables à l'entretien et à l'éducation du mineur n'entrent pas dans son patrimoine.

Si l'on nous suit, c'est donc à tort qu'on verrait dans le prélèvement des père et mère sur les biens du mineur — avec ou sans autorisation — une atteinte à l'intégrité du patrimoine, comme semble l'admettre SCHIESSER (p. 107: *« Dass die Eltern die Substanz des Kindesvermögens nur auf Grund positiver Ausnahmenormen angreifen dürfen, es gibt sich allerdings auch aus Art. 299 und aus der Pflicht zur Verwaltung... als Inbegriff sämtlicher die Substanzerhaltung bezweckenden und zu dieser erforderlichen und geeigneten Massnahmen »* et BINDSCHEDLER (p. 35): *« Ferner geht aus der Bestimmung der Art. 272 hervor, dass das Kindesvermögen nur unter ganz bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen und nur mit Einwilligung der Vormundschaft angegriffen werden darf. Somit ist indirekt aus Art. 272 zu entnehmen, dass die elterliche Vermögensverwaltung das Kindesvermögen zu erhalten hat »*). En effet, l'opération se réduit dans la plupart des cas à une dénaturation des biens par les parents pour faire de l'argent liquide et à l'affectation à des fins d'entretien du mineur de cet argent liquide. Au vrai, le droit de dénaturer les biens du mineur fait partie de leur qualité d'administrateurs légaux, ainsi que nous l'avons montré. C'est l'affectation qui déroge aux règles d'administration (dans la mesure où les parents administrent) et c'est une première raison de faire intervenir l'autorité tutélaire. Mais le plus important, c'est que de l'ensemble de ces actes naît une créance du mineur contre ses père et mère, si bien que la valeur du patrimoine est conservée et qu'en définitive l'opération, si l'on écarte l'intervention de l'autorité tutélaire, est analogue au transfert de la propriété des choses consomptibles ou des espèces, biens fongibles et titres au porteur (art. 201 al. 3 CC) ou évalués, ou encore de la titularité des créances (art. 772 et 775 CC) aux parents qui deviennent comptables de la valeur de ces biens. Abstraction faite de l'intervention de l'autorité tutélaire, les deux catégories d'opérations sont semblables et on ne voit pas à quelle interdiction se heurteraient les parents en cas d'emploi de biens du mineur ou aux fins d'entretien — avec créance en remboursement du mineur —. Certes, on dira que la substance du patrimoine du mineur est atteinte parce que les parents ne remboursent pas, si les conditions de l'art. 320 al. 2 CC sont réunies. Mais c'est justement l'effet de l'intervention de l'autorité tutélaire et de son autorisation. En dehors de son intervention, les réflexions qui précèdent retrouvent leur portée.

On pourrait argumenter ainsi: étant admis que l'emploi des fonds du mineur ne peut en principe être que productif — c'est la définition même du placement —, peut-on considérer comme tel l'achat, aux frais du mineur, de biens affectés à son usage personnel, encore que non productifs, ou faut-il l'envisager comme une dépense visée par l'art. 320 al. 2 CC? Ainsi de l'acquisition d'instruments de musique ou d'une collection d'ouvrages classiques. Les uns et les autres servent à des fins éducatives et leur acquisition relève du devoir d'entretien. Mais au titre de leur valeur intrinsèque et du capital qu'ils représentent, ne doit-on pas les considérer comme des placements et les soustraire dès lors à l'autorisation légale?

La difficulté s'évanouit aussitôt que l'on veut bien considérer que la question est mal posée. En réalité, il n'y a pas plus d'autorisation à demander lorsque les biens acquis entrent dans le patrimoine du mineur en devenant sa propriété, à titre de contrevaleur du prélèvement opéré par les parents (188) que lorsque les parents remboursent l'avance qu'ils ont demandée au mineur. Il en va tout autrement lorsque ces biens n'entrent pas dans son patrimoine et demeurent au contraire dans celui des père et mère, ce qui est la règle générale pour les biens destinés à servir à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Quand, par exception, ils entrent dans celui du mineur, les père et mère remboursent par là l'avance que ce dernier leur a consentie.

L'autorisation n'est donc requise en réalité que si les biens acquis restent dans le patrimoine des père et mère. Que l'enfant use ou non de ces biens, étant indifférent à leur titularité patrimoniale, n'a aucune importance: les père et mère peuvent satisfaire leur devoir d'entretien en laissant à l'enfant l'usage de biens qui leur appartiennent. Ce qui est décisif, en ce cas, c'est la propriété.

C'est donc tout emploi des fonds du mineur, autre que les capitaux non restituables pour l'achat de biens qui servent à son entretien et à son éducation et n'entrent donc pas dans son patrimoine, emploi par définition non productif, qui doit être autorisé (189).

(188) Cf. note précédente.

On doit le présumer lorsque les biens de ce genre ont une valeur telle qu'elles sont sans commune mesure avec les besoins du mineur et manifestent par là un caractère de placement. Sur ce point, cf. SCHIESSER p. 109. Mais il est entendu que de telles acquisitions ne sont pas permises aux père et mère administrateurs légaux et tenus à ce titre par le devoir de productivité, si la plus-value objectivement prévisible de cet objet ne compense pas les revenus que le capital affecté à cet achat aurait procurés dans des conditions normales et à l'intérêt habituel.

(189) Par conséquent, ainsi que le remarque justement SCHIESSER (p. 109), il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 320 al. 2 CC lorsque le représentant légal fait un placement plus productif et ainsi facilite son devoir d'entretien, en relation avec l'art. 319 CC.

Indirectement et par connexité, l'objet de l'autorisation est également la dénaturation de biens du mineur en vue de se procurer ces espèces.

B. *Dispense de restitution*

Seuls à entretenir avec l'enfant la relation de filiation qui fonde le devoir d'entretien, seuls aussi les père et mère ont cette charge légale, à l'exclusion de l'enfant lui-même, ou de tout autre tiers, et seul leur patrimoine doit être grevé. Il ne peut être transféré sur la tête ni le patrimoine de personne, non plus que le lien de filiation lui-même. En conséquence, quiconque pourvoirait aux frais d'entretien et d'éducation d'un mineur en lieu et place des parents pourrait leur réclamer, au titre de la gestion d'affaire, les dépenses qu'il a faites de ce chef (art. 422 CO). Pareillement, l'enfant qui s'entretiendrait lui-même sur son capital non représentatif de l'entretien pourrait demander à être indemnisé par ses parents et pour la même cause.

On pourrait objecter que cette conséquence n'est pas nécessaire, parce que, en procurant à ses père et mère un tel avantage patrimonial l'enfant satisfait au devoir juridique d'assistance établie par l'art. 272 CC. Dès lors, comment peut-on admettre une obligation des parents de rembourser, alors que si l'enfant fût tenu simplement d'un devoir moral, ce qu'il eût payé pour l'accomplir ne serait pas susceptible de répétition (art. 63 al. 2 CO)? A plus forte raison, ne pourrait-il répéter ce qu'il a versé au titre d'un devoir juridique (189*bis*). L'argument perd de vue que l'enfant n'est pas tenu en vertu de l'art. 272 CC, de payer à ses parents tout ou partie des frais de son entretien et de son éducation, c'est-à-dire d'en grever son patrimoine. On peut aussi bien dire qu'il ne peut être tenu par l'art. 272 CC qu'à faire des avances, c'est-à-dire des dépenses en contrepartie desquelles il devient titulaire d'une créance contre les père et mère. Dire le contraire serait le grever en dernière analyse de la charge de son propre entretien, alors que celle-ci ne peut peser que sur les père et mère et n'est pas transférable.

Dès lors, dans la mesure où le mineur diminue son actif ou augmente son passif du prix des biens et des services qu'il eût appartenu aux père et mère de payer ce prix parce que cela entrait dans leur devoir d'entretien et d'éducation, il gère leur affaire et acquiert de ce chef une créance contre eux (art. 419 CO et ss) (190).

(189*bis*) Cf. à cet égard la remarque de HEGNAUER (n. 16 ad 271 CC) selon lequel les actes d'attribution ne sont point identiquement des donations: cet auteur se réfère à l'art. 239 al. 3 CO et à l'arrêt publié au RO 83 II 536 et ss.

(190) Cf. aussi dans le même sens l'arrêt HUNZIKER (TF, Cour de cassation pénale, 1er février 1952, RO 78 IV nº 13 p. 42/43/44). On se réfère aussi à la jurisprudence

Entendons-nous bien: l'enfant, comme n'importe quel tiers, ne gère pas l'affaire des parents en (se) procurant biens et services, mais en en grevant son patrimoine de la manière que l'on vient de dire

citée dans cet arrêt, notamment à la p. 44. Dans ce sens, TENCHIO relève (ch. 1 p. 27) que les père et mère répondent des dettes que l'enfant devrait faire parce que les parents n'ont pas rempli leur devoir de fournir aux frais de son entretien et de son éducation. C'est ainsi qu'à juste titre, Hedwig WIDMER (p. 17) constate que les père et mère répondent des dettes que l'enfant aurait pu faire pour suppléer ses parents défaillants dans leur devoir d'entretien. Le tiers aussi (sauf contrat particulier des parents avec celui-ci, qui lui confieraient à titre d'auxiliaire une tâche d'éducation, lequel serait un mandat ou une convention mêlée de mandat: sur ce point, cf. HEGNAUER, n. 66/a ad 272 CC et FREY p. 270 à 276). Si les tiers excluent tout remboursement de leurs dépenses, il y a libéralité (cf. FREY, p. 271). Il en serait de même du mineur. C'est bien pourquoi l'art. 320 al. 2 CC est la cause d'une libéralité (de l'enfant envers les parents) lorsque l'autorité tutélaire autorise un prélèvement sur les biens du mineur en dispensant les père et mère de rembourser.

Pour la Cour d'appel du canton de Fribourg (RDT 1948 n. 22 p. 140), l'art. 160 al. 2 CC combiné avec les art. 419 CO et suivants permettent au tiers d'exercer son droit de recours contre les père et mère. «Ce droit, dit la Cour, existe principalement en faveur des personnes qui, hors de toute obligation personnelle, se chargent de subvenir aux besoins d'un époux que son conjoint laisserait dans l'abandon.» Et de citer abondance de jurisprudence (RO 55 II 262; BIzR 35, 98; SJZ 16 p. 239 nº 144; 21 p. p. 6. 32 p. 239 nº 144), EGGER (n. 20 ad 160 CC) et OSER (n. 3 ad 422 CO). La Cour constate «qu'il n'y a aucune raison de contester à X. le droit d'invoquer dans le cas particulier la gestion d'affaire, à charge pour lui de prouver que les conditions posées par l'art. 422 CO sont réalisées». Dans le cas d'espèce, A avait entretenu pendant plusieurs mois sa fille B et son petit-fils C. Du reste, ce qui est vrai du mari à l'égard de la femme serait identiquement vrai, à cause d'un même devoir d'entretien, du devoir des père et mère à l'égard de l'enfant. Pour finir, la Cour note fort justement que A ne s'est pas acquitté d'un devoir légal d'assistance: la dette alimentaire n'aurait pris naissance que si le mari lui-même se fût trouvé dans l'impossibilité d'exécuter son devoir d'entretien, qui prime celui des parents.

A relever que dans le cas où l'enfant est désavoué, le désavouant a une action en restitution de ses dépenses contre la mère et le père véritables, non contre l'enfant (HEGNAUER, n. 58 ad 272 CC). C'est très exactement l'action du chef de la gestion d'affaires (cf. HEGNAUER, n. 97 et 98 ad 272 CC); et l'affaire gérée, ici, ce ne sont pas les besoins du mineur auxquels le désavouant a satisfait, mais l'exécution du devoir (des père et mère), d'en supporter les frais. Ce qui explique que l'action ne soit dirigée que contre ces derniers.

Cette action du chef de la gestion d'affaires est justement la raison pour laquelle, en vertu de l'art. 272 CC, l'enfant est tenu de faire face sur ses propres biens à un devoir d'entretien qui continue d'incomber aux parents alors même qu'ils ne sont plus en état d'y satisfaire. On verrait mal autrement comment ce serait l'art. 272 CC qui dût être applicable, puisque, à supposer que l'impossibilité libérât les parents, l'enfant s'entretiendrait lui-même comme s'il était majeur; or, il aide (art. 272 CC) ses parents: à quoi, sinon à s'acquitter de leur devoir d'entretien? SCHIESSER (p. 115) a soin de relever que même si les conditions matérielles de l'art. 320 al. 2 CC sont réunies, le devoir d'entretien des parents n'est pas éteint, faute de quoi les dépenses que pourraient faire les parents sur leurs propres ressources, en l'occurrence, seraient de l'indu ou des libéralités.

(191). La manière dont les père et mère ou l'enfant font supporter au patrimoine du mineur le prix des biens et services affectés à l'éducation et à l'entretien de celui-ci est sans importance, soit que

(191) Pour HEGNAUER (n. 39 et 40 ad 267 CC), les père et mère ne sont pas tenus à restitution du chef des prélèvements si les conditions matérielles de l'art. 272 CC étaient réunies au moment du prélèvement, même si l'autorité tutélaire n'avait pas donné son autorisation. Cette opinion est aussi celle de SCHIESSER, pour qui en vertu de la séparation des pouvoirs entre les autorités administratives et les autorités judiciaires, le juge de l'action en responsabilité des parents, d'une part, peut les dispenser de restituer si les conditions matérielles étaient réunies même lorsque l'autorité tutélaire avait refusé son accord, d'autre part les astreindre à restituer, dans certains cas, même si l'autorité tutélaire avait donné son autorisation (p. 115-117). Il est à peine besoin de dire que l'argument ne résiste pas à l'examen: 1° d'une manière toute générale, on pourrait se demander si la séparation des pouvoirs n'a pas pour conséquence logique précisément que l'autorité judiciaire ne peut statuer en une matière réservée à l'autorité administrative, ni exercer une attribution réservée à celle-ci et que par conséquent, les décisions de l'une ne peuvent que s'imposer à l'autre; de telle manière que les décisions de l'autorité tutélaire (si c'est une autorité administrative) lient le juge de l'action en responsabilité; 2° l'autorité tutélaire n'est pas une autorité administrative, ni en droit (fédéral), ni en fait. Le CC ne la mentionne pas comme une autorité administrative. Mais en conséquence (art. 54 al. 2 Tf CC), les cantons sont libres de confier les fonctions d'autorité tutélaire, à leur gré, à un corps de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire. En fait, l'autorité tutélaire relève de l'ordre judiciaire dans le canton de Vaud, à Fribourg, à Neuchâtel et à Genève. On pourrait certes discuter ce point et prétendre qu'il s'agit d'autorité judiciaire exerçant des pouvoirs administratifs. Mais que devient cette séparation des pouvoirs, réduite, en ce cas, à une séparation des tribunaux? 3° surtout, le prélèvement des père et mère sur les biens du mineur suppose une opposition d'intérêts au sens de l'art. 392 ch. 2 CC à tout le moins lorsque les parents gèrent. Or, le propre de l'opposition d'intérêts est de suspendre l'exercice des fonctions d'administration légale des père et mère, ainsi que nous le verrons ci-après.

Cela étant, l'autorisation de l'autorité tutélaire est une véritable approbation (au sens où ce mot est employé dans les art. 421 et 422 CC), c'est-à-dire une ratification par laquelle les pouvoirs incomplets d'un administrateur légal sont complétés par l'autorité dont il dépend en vue de conférer à son consentement l'efficacité juridique dont dépend l'existence de l'acte à passer. Il en résulte que dans tous les cas de prélèvements sans autorisation, les père et mère agissent sans pouvoir. Et il n'appartient qu'à l'autorité tutélaire de les compléter. C'est dire que faute d'autorisation, les père et mère doivent restituer dans tous les cas, savoir même si le prélèvement a été matériellement justifié, les père et mère n'ayant pas qualité pour le faire. Le juge de l'action en responsabilité ne peut les leur conférer en les dispensant de restituer. C'est sur ce point que nous nous séparons de FREY (p. 93 et 99) qui, tout en admettant comme nous qu'être en droit de prélever au sens de l'art. 327 CC signifie notamment en avoir reçu l'autorisation de l'autorité tutélaire, soutient (p. 99) que si les père et mère affirment devant le juge de l'action en responsabilité qu'ils ignoraient l'obligation de requérir l'autorisation de l'autorité tutélaire, le juge peut, s'il admet que le prélèvement était matériellement justifié au regard de l'art. 320 al. 2 CC, dispenser de restitution. Cela ne peut être, à notre sens, pour les raisons que nous venons de développer: l'absence du pouvoir de disposer est un vice qu'il n'entre pas dans les attributions du juge de l'action en responsabilité de réparer. Il est curieux de voir HEGNAUER, pour qui le prélèvement est une extension du droit de disposer au titre de l'administration légale (n. 218 ad 272 CC) et SCHIESSER, pour qui il implique opposition d'intérêts au sens de

les parents disposent eux-mêmes des fonds du mineur, soit que ce dernier en dispose lui-même, soit que les parents obligent le mineur, soit enfin que ce dernier s'oblige. Dans tous les cas, un patrimoine est grevé qui aurait dû ne pas l'être.

La nécessité d'une autorisation ne procède pas de l'interdiction d'appauvrir le mineur, puisqu'il ne l'est pas, dès lors qu'il acquiert de ce chef une créance au titre de la gestion d'affaire contre ses parents, avec intérêts dès le jour de la dépense ou de l'obligation (art. 419, 422 al. 1 et 402 al. 1 CO), tout comme un tiers quelconque aurait la même action. Il n'y a donc ni perte, ni dépréciation, ni donation, supposé, mais le contraire a été démontré, qu'une donation aux parents fût prohibée.

Si cependant le transfert de la charge d'entretien n'est pas légalement possible, la loi n'interdit pas absolument de grever des frais d'entretien et d'éducation un autre patrimoine que celui des parents; rien n'empêche un tiers de faire cette libéralité aux père et mère de les dispenser de rembourser les dépenses qu'il a faites pour cette raison. Et l'enfant? Nous avons vu tout à l'heure que les libéralités en faveur des parents ne lui sont pas interdites par l'art. 408 CC et qu'au contraire elles étaient justifiées dans la mesure où par là l'enfant satisfait au devoir d'entraide de l'art. 272 CC (191*bis*).

Nous sommes ainsi en présence d'une libéralité de l'enfant aux père et mère, aux dépens en principe (191*ter*) de son capital non représentatif de l'entretien, consistant à leur remettre la dette qu'ils ont envers lui, du chef de la gestion de leur affaire par l'enfant, qui a grevé son propre patrimoine de dépenses faites pour son entretien et son éducation.

Quant à la nature de cette libéralité — la dispense de remboursement — il faut distinguer selon nous. Ce n'est en effet pas la même chose que de n'avoir pas à restituer — comme un mandataire (art. 327 al. 1 CC) — la part du patrimoine sujet à restitution qui n'a pas été affectée à un placement productif, ou qui ne l'a plus

l'art. 392 ch. 2 CC (p. 107), négliger l'aspect important et décisif de la question de l'absence du pouvoir de disposition au titre de l'administration légale, qui rend indispensable l'intervention de l'autorité tutélaire.

Cf. EGGER, n. 3 ad 300 CC; SILBERNAGEL, n. 7 ad 300 CC (cf. RO 30 II 80 et SJZ 37 p. 11 n° 1).

(191*bis*) Dans ce sens SCHIESSER (p. 115) qui admet que les père et mère ont une véritable prétention à l'application de l'art. 320 al. 2 CC, dirigée contre l'enfant, et qu'il caractérise comme une prétention d'aliments. Il n'est pas nécessaire d'introduire cette notion dans le débat, puisque la justification de l'art. 320 al. 2 CC se trouve immédiatement dans l'art. 272 CC.

(191*ter*) En principe, parce que le prélèvement peut avoir lieu même sur les biens libérés: dans ce sens, HEGNAUER (n. 218, 222 et 223 ad 272 CC).

été, et de n'avoir pas à indemniser le mineur du chef de l'affaire des père et mère qu'il a gérée en leur faisant les avances nécessaires à son entretien. Quant à la première dispense, elle est un effet de l'art. 327 al. 3 CC et ne peut donc être envisagée, à proprement parler, comme une libéralité; quant à la seconde dispense, elle n'est pas inscrite dans la loi et c'est selon nous l'autorité tutélaire, au moment où elle donne son approbation au prélèvement (art. 320 al. 2 CC) qui la prononce, expressément ou implicitement — car lorsqu'elle ne s'exprime pas à ce propos, elle doit être réputée avoir dispensé —. En ce cas-là, selon nous, l'autorité tutélaire prononce la dispense constitutive de libéralité mais non pas au nom et pour le compte du mineur: on ne doit donc pas la considérer comme le représentant de celui-ci.

C. *Double représentation*

Troisième motif: l'opération, quel qu'en soit le mode, intéresse deux patrimoines: l'actif du mineur, en effet, diminue de ce dont augmente ou dont n'est pas diminué celui des père et mère; en contrepartie — dans l'hypothèse où les parents ne sont pas dispensés — l'enfant acquiert une créance contre eux. Les actes d'obligation ou de disposition où se résout l'opération visée à l'art. 320 al. 2 CC supposent ainsi lorsque les père et mère sont titulaires de l'autorité parentale (192) une double représentation, les parents agissant ainsi aussi bien comme administrateurs du patrimoine de l'enfant que comme ceux du leur propre; or, la double représentation et, dans cette même mesure, la double administration sont interdites au représentant légal, ce que font voir les art. 392 ch. 2 et 306 al. 2 CC. C'est une raison supplémentaire qui justifie l'intervention de l'autorité tutélaire (193). Cela ne se vérifie évidemment que si le patrimoine du mineur est soumis à l'administration légale du titulaire de l'autorité parentale.

(192) Cf. SCHIESSER p. 107, pour qui le prélèvement sur les biens de l'enfant par les père et mère implique une opposition d'intérêts au sens de l'art. 392 ch. 2 CC.

(193) Ce qui signifie que ce motif particulier d'intervention de l'autorité tutélaire n'a plus de raison d'être lorsque les enfants sont sous tutelle ou que l'autorité parentale ne comprend pas l'administration légale ou encore que le prélèvement est fait sur les biens libérés de l'administration, sur les revenus du travail de l'enfant alors même que l'enfant est soumis à l'autorité parentale. Mais il reste dans tous ces cas le motif de la dispense de remboursement.

Selon HEGNAUER, le prélèvement peut concerner aussi bien le patrimoine géré par les père et mère que le patrimoine libéré de l'administration (n. 222 ad 272 CC). Même remarque chez FREY (p. 88), TENCHIO (p. 53) et BINDSCHEDLER (p. 100). SCHIESSER (p. 124 n. 5) l'étend à tout le patrimoine du mineur, sans exception.

D. *Conclusion*

En résumé, l'autorisation prévue à l'art. 320 al. 2 CC a pour fin, dans tous les cas, de permettre une dérogation au devoir d'affecter les biens du mineur à un emploi productif et — le cas échéant — de dispenser les père et mère d'indemniser le mineur des avances qu'il leur a faites en gérant leur affaire; cela est vrai, que l'enfant soit sous tutelle ou sous autorité parentale. Dans le cas où le titulaire de l'autorité parentale est administrateur légal et où le prélèvement est opéré sur les biens du mineur soumis à son administration, l'intervention de l'autorité tutélaire a pour fin de résoudre une situation où l'administrateur légal et le mineur ont des intérêts opposés (194).

§ 3. L'objet de l'autorisation

A la lettre de l'art. 320 al. 2 CC, l'autorisation de prélever signifie que l'autorité tutélaire ne peut approuver que des dépenses, c'est-à-dire des emplois de fonds. Mais cette disposition vise-t-elle exclusivement des dépenses ou si l'autorité tutélaire peut autoriser les parents à obliger le mineur envers les tiers pour pourvoir aux frais de son entretien, ou encore à recourir à son crédit pour se procurer les fonds nécessaires? En d'autres termes, la mention des prélèvements dans cette disposition est-elle exhaustive ou exemplaire?

En soi, le devoir d'entraide peut justifier aussi bien une obligation du mineur envers un tiers au profit des parents qu'une avance

(194) Il résulte de tout cela que le détenteur de l'autorité parentale qui, sans l'autorisation de l'autorité tutélaire, dénature des biens du mineur ou prélève sur ses capitaux en vue d'entretien de ce dernier, agit sans pouvoir. L'acte est nul (art. 410 CC et suivants par analogie) lorsque le tiers est de mauvaise foi. Mais le cas sera certainement rare en pratique. Nous n'approuvons donc pas entièrement la position de la rédaction de la Revue du droit de tutelle (1961 p. 38) pour qui, semble-t-il, le tiers est toujours protégé (mais l'auteur du texte a raison de dire que la banque où le carnet d'épargne du mineur est déposé n'a pas à se préoccuper de l'autorisation des autorités de tutelle pour chaque retrait : en effet, le retrait n'a aucune signification par lui-même pour un tiers). Selon nous, le Conseil d'Etat du canton de Soleure va donc un peu loin en disant que l'absence d'autorisation ne rend pas nul le prélèvement (RDT 1964 n° 16 p. 98 cons. 3). Il n'y a pas de raison de protéger le tiers de mauvaise foi.

Selon Spitzer (RDT 1955 p. 6) on diverge d'opinion sur la question de savoir si, vu l'art. 327 al. 3 CC, l'autorisation prévue à l'art. 320 CC n'est qu'une prescription d'ordre n'entraînant pas de sanction pour le cas où le prélèvement sur les biens de l'enfant non autorisé était matériellement justifié. Il n'en reste pas moins, ajoute-t-il, que les prélèvements sur les biens de l'enfant dans l'intention de lui nuire ont été réprimés comme abus de confiance. Notre avis est, pour les raisons exprimées au texte, que l'autorisation de l'autorité tutélaire est une condition nécessaire de la dispense de restituer.

à ces derniers. Il est vrai que dans la mesure où ils grèvent le patrimoine du mineur d'une obligation, la question de l'affectation légale des espèces du mineur ne se pose plus, par hypothèse. Ce qui alors appelle l'intervention de l'autorité tutélaire n'est plus, d'une part, que la dispense aux père et mère de rembourser, si le mineur est obligé à titre principal ou à titre accessoire, par voie d'intercession; d'autre part, que la double représentation par les père et mère. Ce qui signifie que ces derniers décident librement du mode d'entraide que leur doit le mineur: prélèvement, obligation, garantie. C'est d'ailleurs vrai dans tous les cas. Nous admettons donc que l'autorité tutélaire peut, en vertu de l'art. 320 al. 2 CC, autoriser les père et mère à faire, sur le patrimoine du mineur, des actes de disposition, des actes d'obligation ou des actes de garantie (195).

§ 4. Les conditions de l'autorisation

A. *Les conditions objectives*

1. *L'obligation d'entretien*

Pour qu'un prélèvement soit justifié au sens de l'art. 320 al. 2 CC, il faut qu'il y ait obligation d'entretien envers l'enfant sur les biens duquel ce prélèvement est opéré. Cela va de soi. Mais il faut alors que l'on ne puisse attendre de l'enfant en cause qu'il subvienne à son entretien par le produit de son travail ou par ses autres ressources. Si cela est, en effet, les père et mère sont déliés de leur obligation d'entretien (art. 276 al. 3 CC). Ces autres ressources sont le produit de son travail et du fonds professionnel; à cet égard, on citera l'art. 323 al. 1 CC, selon lequel: «L'enfant a l'administration et la jouissance du produit de son travail et de ceux de ses biens que les père et mère lui remettent pour exercer une profession ou une industrie». Si donc cela suffit à l'entretien et l'éducation du mineur, l'obligation d'entretien cesse et l'art. 320 CC n'est plus justifié.

On se demandera en outre si les père et mère peuvent être autorisés à faire des prélèvements sur les biens de l'un de leurs enfants mineurs en vue de faire des dépenses qui en concernent un autre.

Certes, l'art. 272 CC astreint les membres de la famille à se prêter entre eux l'assistance, y compris l'aide financière, nécessaires.

(195) C'est ainsi que l'art. 320 al. 2 CC s'applique aussi lorsque les père et mère entendent rembourser les avances faites par des tiers pour l'entretien du mineur (cf. Schiesser, p. 111) ou que les père et mère entendent prélever pour payer les dettes qu'ils ont faites en vue de l'entretien de l'enfant (Schiesser, p. 118).

Mais, l'aide financière est visée par l'art. 320 al. 2 CC qui, à ce titre, épuise le sujet (196). Et l'on constate à la seule lecture du texte qu'à la question posée il faut répondre par la négative, puisque la disposition prévoit que la contribution autorisée par l'autorité tutélaire a pour but de subvenir à l'entretien et à l'éducation du mineur sur les biens duquel le prélèvement est opéré. Cela signifie que c'est une mesure touchant ce mineur-là qui doit être financée (et qui ne peut l'être autrement). Il en résulte que dans le système de la loi, chaque enfant doit prélever sur sa propre fortune les frais d'entretien et d'éducation qui le concernent.

Dans cette hypothèse, l'art. 328 al. 2 CC ne saurait entrer en considération. En effet, on pourrait songer que l'obligation alimentaire existe entre frères et sœurs même soumis à l'autorité parentale, dans la mesure où le débiteur vivrait dans l'aisance. Mais cette vue ne résiste pas à l'examen. En effet, il faudrait que le frère qui pût réclamer cette aide, fût dans le besoin, c'est-à-dire dans l'incapacité de subvenir sur ses propres ressources à son propre entretien. Or, parmi les ressources de l'intéressé, figure, par hypothèse, l'entretien auquel sont tenus les père et mère. Mais, on ne conçoit pas, cela étant, que l'intéressé soit dans le besoin sans que les père et mère y soient aussi. En pareil cas, on est dans l'hypothèse de l'art. 320 al. 2 CC (et non plus dans celle de l'art. 328 al. 2 CC). Il suit que les père et mère doivent être aidés en priorité, mais exclusivement pour les besoins du mineur titulaire du patrimoine promis au prélèvement. Certes, en pareil cas, en s'entretenant sur ses propres ressources, le mineur aidera les père et mère à pourvoir aux dépenses qu'appellent le frère ou la sœur dans le besoin (197). Mais il s'agit d'une aide indirecte, les ressources du mineur servant à satisfaire à ses propres nécessités et ne pouvant, en aucun cas, être affectées aux besoins des collatéraux. Si maintenant on suppose que moyennant cette aide indirecte les père et mère sont en mesure d'assurer au frère et à la sœur un entretien suffisant, la condition

(196) Tel est l'avis d'Egger (n. 9 ad 272 CC) et de Spitzer (RDT 1955 p. 6) pour qui des prélèvements en faveur des parents, frères et sœurs, ou même demi-frères et sœurs sont interdits.

Opinion contraire: Schiesser (p. 119/120), qui donne deux arguments: 1° dès lorsque l'art. 328 CC est applicable même au mineur sous autorité parentale, le fait que les parents soient dans le besoin signifie que les frères et sœurs le sont aussi; 2° il est impossible de faire en sorte qu'économiquement le prélèvement ne profite qu'à l'enfant sur les capitaux duquel le prélèvement a été opéré; indirectement, les frères et sœurs s'en trouveront mieux. Ce fait empêche que le prélèvement ne soit strictement affecté au besoin d'un seul des membres de la famille. Nous nous opposons à cette conception pour les raisons exprimées au texte.

(197) Même remarque chez Schiesser (p. 120), mais cf. la n. 196.

première d'application de l'art. 328 al. 2 CC n'a pas lieu: il n'y a plus de besoin.

2. *La nécessité*

Parmi les pouvoirs qu'implique l'autorité parentale figure celui de pourvoir à l'entretien et à l'éducation du mineur, en prenant toutes les mesures pertinentes qui y sont relatives. C'est dire que l'un et l'autre entrent dans les attributions exclusives des père et mère et qu'en ces matières ces derniers exercent avec une pleine liberté leur pouvoir de disposition, trait caractéristique de la puissance parentale. C'est ce que signifie l'art. 301 al. 1 CC, selon lequel «les père et mère déterminent les soins (= entretien au sens strict) à donner à l'enfant, dirigeant son éducation... et prennent les décisions nécessaires».

L'entretien («les soins» de l'art. 276 al. 2 CC) et l'éducation sont choses distinctes. L'entretien consiste à procurer de quoi pourvoir aux nécessités matérielles permanentes de la vie individuelle (nourriture, logement, vêtements, soins médicaux, etc.) (198). Il s'agit de nécessités qui, se faisant sentir à tous les âges, sont par conséquent indépendantes de la minorité de l'enfant et ne cesseront qu'avec lui. Tel est leur élément caractéristique, dont découle immédiatement que les père et mère n'ont qu'une liberté restreinte dans les moyens de l'assurer. Ces moyens sont en définitive déterminés impérativement dans une très large mesure par les conditions mêmes de l'existence individuelle de l'enfant. L'entretien est le domaine de la nécessité prépondérante sur la liberté. L'éducation en revanche consiste à procurer à l'enfant les moyens de son épanouissement personnel et de son utilité sociale (199). Dans ce

(198) Sur l'entretien au sens restreint, cf. Hedwig WIDMER, p. 16, et HEGNAUER, n. 110 à 113 ad 272 CC.

(199) Sur la distinction entre l'éducation et l'entretien et la distinction des frais qui en découlent, cf. RITTMEYER p. 50.

SCHIESSER (p. 109/110) fait une remarque proche de la nôtre, lorsqu'il relève que le concept d'entretien comprend les prestations matérielles qui tendent à procurer le bien-être physique et moral du mineur et celles qui doivent inéluctablement être faites pour la formation du mineur. En revanche, les prestations qui dépassent ces limites ne sont pas comprises dans le concept d'entretien.

Hedwig WIDMER (p. 14 à 17) distingue et oppose, à juste titre, les concepts d'entretien (à savoir, la satisfaction des besoins essentiels du corps, nourriture, vêtements, logement, soins médicaux) et d'éducation, c'est-à-dire tout ce qui regarde le développement intellectuel et moral ainsi que la formation professionnelle. Elle remarque aussi comme nous, que, si la mesure et l'étendue de l'entretien ont une certaine constance dans la personne, l'éducation a des limites infiniment moins précises (p. 15).

TENCHIO (ch. 1 p. 26) oppose l'entretien *(mantenimento fisico, cura corporale)* et l'activité éducatrice *(cura dello sviluppo intellettuale e culturale del figlio)*.

domaine, la liberté de fait des père et mère est infiniment moins limitée par des nécessités naturelles et astreignantes et s'exerce avec une ampleur qui n'a pas sa pareille dans le domaine de l'entretien. Ce n'est pas dire, assurément, que les père et mère ont le choix de ne pas élever l'enfant ou de l'élever, et en ce sens l'éducation est une nécessité; mais ils disposent, dans l'ordre des moyens, d'une liberté qu'ils n'ont pas dans l'autre domaine. En bref, l'éducation est le domaine de la liberté prépondérante sur la nécessité.

Le caractère de nécessité propre à l'entretien se marque d'une autre manière, en contraste avec l'éducation: à propos de celle-ci, l'art. 302 al. 1 CC énonce que les père et mère sont tenus de prendre les mesures que leur permettent leurs facultés et leurs moyens; au lieu qu'une disposition de ce genre n'existe nulle part à propos de l'entretien. Le devoir des père et mère s'étend donc dans la matière aussi loin que la nécessité même; mais comme dans l'éducation le caractère de nécessité des différentes mesures possibles n'est nullement marqué, habituellement au moins, il a fallu choisir un critère pour introduire, fonder et limiter un devoir, critère qui est celui des ressources des père et mère (200). Nous disons habituellement, parce que, fait remarquable, l'art. 302 al. 2 CC ajoute que si l'enfant est infirme ou faible d'esprit, les père et mère sont tenus de lui donner une instruction appropriée à son état: ici, il n'est plus utile, en présence d'une situation qui crée une nécessité

TRÜB (p. 114) distingue soigneusement l'entretien et l'éducation, et par conséquent les frais qui découlent de l'un et de l'autre.

(200) Sur ce point, SILBERNAGEL (n. 3 et 8 ad 275 CC). Que la condition du mineur soit celle même des parents, le démontre la remarque de HEGNAUER (n. 125 ad 272 CC) que si les père et mère ont fait plus de dépenses pour l'entretien du mineur qu'ils n'y étaient tenus selon leurs ressources, ils ne peuvent néanmoins répéter l'excès de dépenses en application de l'art. 63 al. 2 CO. D'où il suit que pour tout ce qui dépasse leurs ressources, les père et mère ne sont tenus de l'entretien que par un devoir moral, et non par leur devoir légal. Y compris celles que leur procurerait une gestion diligente: cf. à ce propos, HEGNAUER (n. 130 à 132, 134 ad 272 CC). TENCHIO (ch. 1 p. 26) relève que la condition du mineur est déterminée avant tout par la profession, la position sociale, le patrimoine de son auteur. SCHIESSER (p. 110) remarque aussi qu'en matière d'entretien et d'éducation, plus particulièrement, l'enfant n'a pas d'autre condition que celle de ses père et mère.

Si Hedwig WIDMER relève que le devoir d'éducation s'étend aussi loin que les ressources des père et mère (cf. p. 16), il nous semble cependant qu'elle a tort d'en tirer la conclusion qu'une fois que les père et mère ont consenti à donner à l'enfant les objets d'éducation, ils ne peuvent mettre fin aux conséquences qu'ils ont ainsi acceptées, même si leurs ressources n'y suffisent pas (p. 15 et 17). Pour nous, au contraire, la condition des père et mère est identique à celle de l'enfant et, partant, les père et mère n'étant tenus d'élever l'enfant que selon leur propre condition, ils peuvent en tout temps réduire l'enfant à leur condition, même en matière d'éducation. C'est ainsi que contrairement à Hedwig WIDMER nous ne pensons pas qu'une formation une fois commencée doit être achevée quand c'est possible. La possibilité que l'on doit examiner n'est, s'agissant des devoirs des père et mère, que leurs ressources.

évidente de fixer un autre critère que celle-ci pour définir le devoir des père et mère; il ne s'agit plus dès lors de le faire par les facultés de ces derniers (201). Si donc de manière tout à fait générale les pouvoirs et devoirs des parents coïncident en matière d'entretien, là où règne la nécessité de fait, ce n'est pas le cas en matière d'éducation, où règne la liberté de fait. On constate aussi bien que le devoir des père et mère de prendre les mesures relatives à l'éducation de l'enfant, limité par leurs facultés, est moins étendu que leur pouvoir dans le même domaine, lequel n'a d'autres limites que celles de l'autorité parentale. En d'autres termes, les père et mère peuvent plus qu'ils ne doivent. Si l'on admettait le contraire — qu'ils ne peuvent que dans la mesure où ils doivent —, on limiterait l'autorité parentale par un tempérament étranger à sa nature, car elle n'est susceptible d'être limitée qu'en relation avec sa finalité et avec la méconnaissance de celle-ci par ses titulaires. Nous pouvons généraliser et soutenir que l'incapacité où seraient les parents titulaires de l'autorité parentale de faire les frais des mesures relatives à l'éducation du mineur n'ôte rien à leur pouvoir en la matière (202).

(201) Même remarque dans SCHIESSER (p. 110).

(202) Dans ce sens, la remarque de SILBERNAGEL que l'expression «selon leurs facultés» de l'art. 275 al. 2 ancien CC signifie «non pas en-dessous de leurs facultés» et celle de CURTI-FORRER (n. 6 ad 275 CC) que la loi n'a pas voulu interdire aux parents de donner à leur enfant une éducation meilleure et plus soignée que leur situation sociale ne l'exigerait. Sur la liberté des père et mère, qui choisissent les buts et les moyens de l'éducation, dans la mesure où l'un et l'autre répondent aux circonstances, cf. HEGNAUER (n. 22 à 26 ad 275 CC); va dans le sens de notre remarque celle de HEGNAUER (n. 32 ad 275) qui relève que l'éducation doit correspondre au moins aux ressources des père et mère, ce qui montre que leurs facultés sont un minimum et non un maximum. SCHIESSER (p. 121) fait une remarque qui va dans notre sens en disant qu'une fois l'affectation du prélèvement au besoin du mineur certaine, l'orientation donnée par les père et mère à l'éducation du mineur ne relèvent pas de la compétence de l'autorité (p. 121). Etant bien entendu que si les décisions prises par les père et mère à l'égard du mineur sont si absurdes qu'elles sont sans rapport avec l'obligation et la faculté d'élever l'enfant, le refus d'autoriser le prélèvement est justifié (loc. cit.).

On pourrait invoquer à l'appui de notre opinion TENCHIO qui, citant GROB, relève que les père et mère doivent avoir soin d'entretenir et de développer les facultés et les habitudes de l'enfant de manière à satisfaire au mieux le besoin qu'il a d'un développement complet, harmonieux, et varié, et de le mettre à la hauteur de toutes les exigences que pose l'existence dans la société humaine (ch. 1 p. 27).

Nous ne pouvons pas approuver entièrement l'opinion du Tribunal cantonal de Saint-Gall (in ZBGR 30 n° 122 p. 341), que lorsque les père et mère donnent à l'un de leurs enfants une éducation au-dessus de leur condition sociale, il s'agit d'une libéralité *(freiwillige Leistung der Eltern)*. Il est clair certes qu'ils n'y sont pas tenus; mais s'ils sont libres de le faire — car ils ne sont pas précisément limités à ne faire que ce à quoi ils sont tenus —, ils n'en accomplissent pas moins ce faisant leur devoir d'éducation et ils ont agi dans l'intérêt de l'enfant. Il reste cependant qu'ils peuvent aussi bien considérer cela comme une avance et demander le remboursement ou le rapport (cf. 631 al. 1 CC).

C'est dire que l'art. 320 al. 2 CC prévoit une forme d'aide (au sens de l'art. 272 CC) du mineur aux parents: 1° là où la nécessité (en matière d'entretien ou d'éducation, dans le cas particulier de l'enfant infirme ou faible d'esprit) définit à elle seule le devoir des parents, en ce que ceux-ci, tenus de prendre les mesures qui s'imposent, sont assistés dans leur devoir d'en faire les frais, par la faculté de les prélever, en tout ou en partie, sur les fonds du mineur; indirectement, le mineur aide les père et mère à se conformer à leur devoir d'entretien et d'éducation; 2° là où la nécessité ne définit plus à elle seule le devoir d'éducation des parents et où, par conséquent, subsiste seul leur pouvoir, en ce que les parents, libres de prendre les mesures pertinentes, sont assistés dans leur devoir d'en faire les frais de la même manière que ci-dessus; mais ici, indirectement, le mineur aide les père et mère à exercer dans sa plénitude leur pouvoir d'éducation.

La nécessité dont parle l'art. 320 al. 2 CC est celle qui justifie une exception à ces deux principes que seuls les père et mère sont tenus de financer les mesures qu'ils prennent au titre de l'entretien et d'éducation, d'une part, et que, partant, les fonds du mineur ne peuvent être dépensés pour ses besoins personnels en la matière, ni ses biens engagés pour ceux-ci (203), d'autre part. Les différents projets du CC de 1907 en parlant d'autres causes «majeures», l'ancien article 272 al. 2 CC en parlant de «causes exceptionnelles», dégageaient le même sens: la justification suffisante d'une dérogation à la règle générale.

Nous avons dit que le pouvoir des père et mère, en matière d'éducation, ne pouvait être réduit aux limites de leur devoir, c'est-à-dire de leurs facultés; sinon, ce serait limiter l'autorité parentale par un motif étranger à l'ordre des limitations qu'elle comporte. C'est dire que la nécessité est égale de permettre aux père et mère d'exercer en plénitude les pouvoirs qui sont les leurs de prendre

(203) Exemples d'une telle nécessité: le cas où les père et mère sont dans l'impossibilité de fait de pourvoir à l'éducation du mineur; SCHIESSER, (p. 113/114) cite l'enfant à l'étranger à qui ses parents ne peuvent faire parvenir des subsides; selon TENCHIO (ch. 2 p. 29), une nombreuse progéniture, de longues études, une longue maladie de l'enfant.

La Direction de la justice du canton de Zurich a prononcé en revanche (SJZ 37/1940/41, p. 11 n° 1) que le danger de guerre qui menacerait la Suisse ne suffirait pas à accorder au détenteur de l'autorité parentale la faculté de disposer librement et pour les propres intérêts de ce dernier du patrimoine du mineur dans son entier. Au surplus, deux autres raisons militaient pour le rejet de cette solution: 1 le détenteur de l'autorité parentale avait *in casu* l'intention de financer une affaire qui lui appartenait, non de financer l'entretien et l'éducation du mineur; 2° il ne s'agissait pas d'une contribution prise sur les biens du mineur, mais d'une aliénation globale au détenteur de l'autorité parentale.

toutes décisions appropriées en matière d'éducation — et, dans une faible mesure, d'entretien — que leur permettre de satisfaire aux nécessités du mineur, telles que visent à y pourvoir le devoir d'entretien, et, dans certaines circonstances (cf. art. 302 al. 2 CC) le devoir d'éducation. Autrement dit, la liberté des parents dans ce domaine est aussi suffisante à justifier la dérogation dont nous parlions tout à l'heure que la nécessité du mineur. Ne pas l'admettre, c'est retomber encore une fois dans la limitation indue de l'autorité parentale dont nous parlions à l'instant. En outre, être nécessaire à telle fin peut s'entendre de deux manières. Dans un premier sens, est nécessaire ce sans quoi une chose ne peut être: ainsi, avons-nous vu, l'entretien est nécessaire à l'existence. Dans un second sens, est nécessaire ce qui permet d'arriver plus vite et mieux au but visé: ainsi la voiture est-elle nécessaire au voyageur. Il n'y a aucune raison de ne pas admettre la dérogation dans le seul premier sens, précisément parce que le but visé est l'intérêt de l'enfant.

Aussi bien le terme de nécessité implique-t-il que l'intérêt du mineur est engagé dans la mesure prise par les père et mère en vertu de l'autorité parentale. C'est d'ailleurs une condition qui résulte de la finalité même de celle-ci; ce n'est qu'alors que son exercice trouve sa raison d'être. Il y a nécessité au sens de l'art. 320 al. 2 CC lorsque les circonstances du cas d'espèce font apparaître que l'intérêt du mineur à la mesure a la même valeur dérogatoire qu'une nécessité inéluctable (204).

Il implique également que les père et mère n'ont pas les facultés nécessaires à en couvrir le coût, en totalité ou en partie.

Dans quelle limite, à cet égard, peut-on exiger des père et mère qu'ils retranchent sur leur train de vie pour financer une pareille mesure — dans cette hypothèse?

Il faut ici tenir compte de deux facteurs. D'une part, il est de la nature de l'entretien, fondée sur la nécessité objective et permanente des besoins auxquels il tend à pourvoir, de passer avant l'éducation, de telle sorte que les ressources des père et mère

(204) Cf. le cas où le détenteur de l'autorité parentale prétendait recourir au patrimoine du mineur pour payer les dettes contractées dans son propre intérêt (SJZ 31/1934/35, p. 359 n° 281). Il ne suffit donc pas que les parents aient besoin des fonds du mineur pour financer une affaire qui leur appartiendrait (cf. SJZ 37/1940/41 p. 11 n° 1).

On peut donc se demander si le Tribunal fédéral (TF, 2e Cour civile, 5 mars 1937, SCHUTZ, RO 63 II n° 2 cons. 3 a p. 7/8) a raison lorsqu'il semble dire que rien ne s'oppose à ce que les parents pourvoient aux frais d'entretien et d'éducation de l'enfant, avec l'approbation de l'autorité tutélaire, au moyen de capital du mineur, si ce dernier a une fortune libérée en application de l'art. 321 CC, de l'administration des père et mère. Le motif à lui seul ne serait, selon nous, pour les raisons exposées au texte, pas suffisant.

doivent ou peuvent, selon qu'il s'agit des ayants droit ou d'eux-mêmes, y être affectées avant de l'être à tout autre objet, et notamment à l'éducation. C'est dire que des ressources des père et mère doit se déduire tout ce qui se rapporte à l'entretien. D'autre part, il faut considérer que chacun des ayants droit du devoir d'éducation est un objet distinct du pouvoir de disposition dans lequel se résout l'autorité parentale, par conséquent un objet particulier des mesures relatives à l'éducation que peut prendre à son égard le père ou la mère qui en est investi; il en résulte que l'appréciation des facultés qui sont décisives pour juger de son devoir d'éducation, se fait en ne considérant que lui seul. Par conséquent celui qui prend à l'égard de l'enfant une mesure d'éducation dont il pourrait supporter les frais s'il n'avait que celui-là est fondé à faire valoir qu'il ne fait, en la prenant, que de satisfaire à son devoir d'élever le mineur. C'est pourquoi les dépenses d'éducation d'autres enfants doivent être également retranchées des ressources disponibles, même si d'autres possibilités existaient à moindres frais.

Dans quelle mesure peut-on demander aux père et mère eux-mêmes de retrancher, dans cette hypothèse, ailleurs que sur les frais d'entretien et d'éducation? Pour nous, la réponse ne peut faire de doute: les parents ont le droit de se procurer, sur leurs ressources, les biens et les services qui leur sont indispensables pour parvenir à leur accomplissement personnel et à leur plus grande utilité sociale. Le but de l'éducation est de permettre à l'enfant de devenir ce qu'il est: ce qui revient à la faire tendre aux mêmes buts que ci-dessus. Mais nous pouvons soutenir que ce qui est bien pour l'enfant et juridiquement digne de protection, l'est tout autant pour les père et mère. Partant, ces derniers, d'une part, et l'enfant, de l'autre, ont une égale vocation à atteindre ces objectifs. Et, en se chargeant d'aider le mineur à y parvenir, les père et mère ne font que ce qui a été fait ou aurait dû être fait pour eux-mêmes, la parfaite justice étant de faire à autrui ce qu'on voudrait qu'autrui fît pour soi. On ne peut donc raisonnablement demander aux père et mère de renoncer à des dépenses qui leur procurent des biens et des services dont l'absence porterait une atteinte profonde à leur personnalité, telle qu'elle est constituée et s'exprime, selon les circonstances, dans l'ensemble de leur être social (205).

En définitive, il y a nécessité au sens de l'art. 320 al. 2 CC

- en matière d'entretien au sens strict (= soins de l'art. 276 al. 2 CC) lorsque sans le prélèvement les besoins de l'enfant ne sont plus couverts;

(205) A relever que, pour TRÜB (p. 114) comme pour nous, l'enfant n'a d'autre condition, lorsqu'il s'agit des frais d'entretien et d'éducation, que celles de ses père et mère.

— en matière d'éducation, lorsqu'une mesure prise par les père et mère permet d'assurer plus vite et mieux sa formation et que le prélèvement facilite cette mesure;

— à condition dans les deux cas que les père et mère ne puissent faire face à cette dépense sur leurs propres ressources sans compromettre leur épanouissement personnel et leur utilité sociale (205*bis*).

3. *L'épuisement préalable des autres ressources*

Les ressources propres de l'enfant (art. 323 al. 1 CC) ainsi que les capitaux non restituables, représentatifs du devoir d'entretien (art. 320 al. 1 CC) doivent être épuisés pour que l'on puisse appliquer l'art. 320 al. 2 CC. Il faut aussi qu'une éventuelle contribution d'entretien de celui des père et mère qui n'a pas l'autorité parentale ne puisse être demandée ou augmentée, ou qu'elle l'ait vainement été (art. 286 al. 1; art. 287 al. 2; art. 157 CC). On exige donc du parent qui recourt à l'art. 320 al. 2 CC qu'il ait tenté préalablement d'obtenir à cet égard un nouveau jugement ou une nouvelle convention (206).

B. *Les conditions subjectives*

Les père et mère, en vertu de la diligence qu'on peut exiger d'eux, même en matière d'entretien du mineur, c'est-à-dire indépendamment de leur qualité d'administrateur, doivent non seulement faire les frais d'entretien du mineur au jour le jour, conformément à ses besoins et à leurs facultés, mais encore prévoir les événements qui amèneront un surcroît de dépenses, c'est-à-dire aussi bien la naissance de besoins plus élevés que la perte éventuelle de leurs ressources actuelles. Une gestion prudente commande d'y parer. C'est dire que l'art. 320 al. 2 CC demande aux parents, dans cette matière, la prévoyance dont ils usent pour eux-mêmes. Lorsqu'ils ont négligé de parer à des événements qu'ils auraient pu prévoir, on doit considérer qu'ils sont en faute.

Néanmoins, on ne saurait admettre que la faute des père et mère autorise l'autorité tutélaire à refuser l'autorisation prévue par

(205*bis*) Cf. sur cette notion, HEGNAUER (n. 232 à 238 ad 272 CC).

(206) Dans ce sens HEGNAUER (n. 225 ad 272 CC), qui relève à juste titre que les père et mère ont fait les efforts qu'on leur demandait lorsqu'ils ne leur restent plus que des éléments de patrimoine qui ne sont que difficilement réalisables ou qui ne pourraient l'être sans perte, et SCHIESSER (p. 113, 123, 124). Il est vrai que SCHIESSER va jusqu'à ouvrir au juge de cette action la possibilité d'appliquer l'art. 320 al. 2 CC. C'est hors de question, le juge ordinaire n'ayant aucune compétence en matière de protection du patrimoine du mineur par opposition à l'autorité tutélaire.

l'article qui nous occupe. Celui-ci, en effet, a pour raison d'être la considération de l'intérêt du mineur, exclusivement. Car rien d'autre ne fonde le droit des père et mère tenus du devoir d'entretien de recourir à la fortune du mineur pour y pourvoir. Il serait donc contraire au but même de cette disposition de refuser l'autorisation demandée au mépris de l'intérêt de l'enfant. Cela signifie que l'autorisation d'entamer la fortune du mineur doit toujours être donnée lorsque les conditions objectives sont réunies, et en tant qu'il s'agit d'approuver un acte passé par double représentation ou d'une dérogation aux règles d'emploi des espèces.

Quid lorsque les conditions subjectives font défaut? Il est exclu, nous l'avons vu, de refuser l'autorisation. Cependant, la loi exige, au plan subjectif, que les causes exceptionnelles d'appliquer cet article aient été imprévisibles aux père et mère. C'est ici qu'il faut se rappeler que l'art. 320 al. 2 combiné avec l'art. 327 al. 3 fait dépendre des causes énumérées dans cette disposition, non seulement l'autorisation de recourir à la fortune du mineur, mais la dispense d'avoir à rembourser les dépenses ainsi faites. Si le premier élément ne dépend que des conditions objectives, nous sommes en droit de prétendre que le second dépend des conditions subjectives. Seule, en effet, l'autorisation de déroger est nécessitée par l'intérêt de l'enfant; en revanche, la dispense ne l'est pas. Rien donc ne s'oppose à ce que l'autorité tutélaire accorde ou refuse la dispense de rembourser, pour sanctionner les manquements des parents. Car, l'imprévoyance coupable de ceux-ci ne saurait être protégée par le droit, en définitive au détriment du mineur. Et le devoir d'entraide ne s'étend pas jusqu'au point de faire supporter à l'enfant les conséquences patrimoniales des fautes de ses parents.

La faute des parents peut avoir une autre conséquence. En effet, il ne faut pas oublier que les dépenses visées par l'art. 276 CC sont affectées à l'entretien du mineur. Si donc, par une imprévoyance coupable, les père et mère sont mis hors d'état d'y pourvoir, ce peut être la personne de l'enfant qui est en danger. On se trouve donc dans le cas où, suivant les circonstances, des mesures protectrices de la personne de l'enfant peuvent être nécessaires (art. 307 ss CC), jointes, s'il y a lieu, aux mesures de protection du patrimoine que prévoient les art. 324 CC et ss et ce en lieu et place de l'autorisation.

§ 5. Les pouvoirs de l'autorité tutélaire

A. *Les renseignements nécessaires*

Les premiers renseignements que l'autorité tutélaire doit recueillir concernent l'état du patrimoine des parents et celui du mineur.

Quant à ce dernier point, l'autorité tutélaire doit se renseigner tant sur sa consistance que sur sa valeur, car les règles d'administration du patrimoine emportent un ordre de priorité dans les dénaturations à autoriser, s'il y a lieu: les meubles (art. 400 CC) sont vendus avant les immeubles (art. 404 CC), parce qu'ils forment une partie moins essentielle du patrimoine, et encore les meubles qui ont une valeur d'affection pour le mineur ou sa famille doivent-ils être vendus les derniers de tous (art. 400 al. 2 CC). Il faut également apprécier à cette occasion s'il est opportun de liquider une entreprise ou une participation à une entreprise (art. 403 CC), de faire rembourser des créances nonobstant une perte éventuelle (art. 402 CC). Ce n'est pas indifféremment que ces divers éléments peuvent être liquidés, d'où la nécessité pour l'autorité tutélaire d'avoir une connaissance complète des biens du mineur, de leur valeur et de leur importance relative.

Ces données, nécessaires, ne sont pas suffisantes. Il est à tout le moins trois points sur lesquels l'autorité tutélaire doit avoir les éléments indispensables d'appréciation: 1° l'intérêt du mineur à la mesure projetée, lorsque celle-ci n'a pas le caractère contraignant d'une nécessité de l'entretien, ou de l'éducation en cas d'infirmité ou de faiblesse mentale du mineur (207); 2° la gestion passée des père et mère, lorsqu'il y a lieu de savoir dans quelle mesure la situation de besoin ou de difficulté financière est due à la faute de ces derniers. Le moins que puisse faire l'autorité tutélaire est d'être au fait des causes qui ont amené cette situation; 3° les emplois divers que font les père et mère de leurs ressources. Il est, en effet, on l'a vu, des dépenses auxquelles les père et mère peuvent être légitimement amenés à renoncer; non que l'autorité tutélaire ait à soumettre son autorisation à la condition qu'ils les abandonnent, car elle excéderait son pouvoir si elle prétendait être impérative à cet égard. Simplement, ce sera l'un des éléments à l'aide desquels elle fixera le montant de la contribution autorisée.

B. *Les décisions principales*

Le cas le plus simple est celui où les causes objectives font défaut. L'autorité tutélaire est alors tenue de refuser son autorisation. Néanmoins, s'il n'y a pas de difficulté lorsqu'il n'y a ni besoin, ni dépenses excessives, ni réelle insuffisance des facultés des parents, il y en a lorsque, ces conditions étant réalisées, il ne reste

(207) En conséquence, ainsi que le remarque SCHIESSER (p. 121) à juste titre, lorsque les mesures prévues par les père et mère sont si absurdes qu'on ne peut plus parler d'exercice du droit et de l'obligation d'élever l'enfant, le refus d'autoriser le prélèvement destiné à les financer se justifie. Cf. sur ce point, SCHIESSER (p. 122).

qu'à apprécier la nécessité de la mesure pour le mineur ou l'intérêt qu'il peut y avoir. Encore ne semble-t-il pas difficile, vu la nature de l'entretien et de l'éducation dans certaines circonstances particulières (cf. art. 302 al. 2 CC *in fine*), de faire l'appréciation nécessaire. Le point est plus délicat, en revanche, lorsqu'il faut apprécier l'intérêt du mineur. L'autorité tutélaire ne doit pas oublier en effet que les père et mère sont présumés capables de s'acquitter de la fonction qui leur est confiée. Elle ne doit, par conséquent, refuser son approbation que si manifestement la mesure contredit à l'intérêt de l'enfant. En aucun cas, aussi bien, l'autorité n'est autorisée à substituer son appréciation à celle, plausible, des parents. Le ferait-elle qu'elle commettrait un abus de pouvoir, comme tel entaché d'arbitraire. Lorsque la mesure n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant et qu'elle entre dans les attributions de l'autorité parentale, l'autorité tutélaire doit accorder son autorisation parce que, si elle la refuse, elle réduit l'exercice des pouvoirs impliqués par la puissance paternelle aux mêmes limites que les facultés propres des parents, ce qui, on l'a vu, est contraire à la nature même de l'autorité parentale, qui ne peut être limitée que lorsqu'elle manque aux buts qui lui sont assignés; parce que, aussi, elle méconnaît que l'aide de l'enfant aux père et mère, dont le principe est énoncé à l'art. 272 CC et la forme définie, pour le cas qui nous occupe, à l'art. 320 al. 2 CC, est un devoir qui s'impose au mineur et dont la reconnaissance est également imposée par la loi à l'autorité tutélaire (208).

Quelle décision prendre si les causes objectives sont réunies sans discussion, mais non les causes subjectives, en ce sens que l'incapacité des parents à faire les frais d'entretien et l'éducation procède de leur faute? Que, selon l'art. 320 al. 2 CC, l'autorité tutélaire puisse autoriser les père et mère à prélever sur les biens du mineur la contribution nécessaire, a induit la doctrine à se demander si, les conditions de fonds qui y sont exprimées étant réunies, l'autorité tutélaire peut néanmoins refuser son autorisation (209). Nous répondons par la négative: lorsque ces conditions sont réalisées, l'autorité tutélaire ne peut refuser le prélèvement (210); autrement dit la faculté que laisse la loi à l'autorité tutélaire, c'est la liberté d'accorder ou non la dispense de remboursement. L'art. 320 al. 2 CC

(208) Cf. sur ce point, SCHIESSER (p. 120/121). CURTI-FORRER juge que l'autorité est entièrement libre même si les causes sont réunies et ajoute qu'il n'y a pas de recours possible à l'autorité de surveillance (n. 7 ad 272 CC). Ce n'est pas notre avis sur les deux points.

(209) C'est l'avis de la Direction de la justice du canton de Zurich (SJZ 31/1934/35 p. 359 n° 281).

(210) *Contra* EGGER, n. 10 ad 272 CC; par conséquent, comme SCHIESSER (p. 120), nous désapprouvons l'autorité zurichoise qui (SJZ n° 31 p. 359 n° 281) a refusé l'autorisation de prélever au motif que vivant dans l'inconduite, les père et mère ne se

ne peut, en effet, s'interpréter indépendamment de l'art. 327 al. 3 CC, dont il est indissociable. La liberté de décision de l'autorité tutélaire, aussi bien, s'étend sur l'ensemble du domaine défini par la réunion de ces deux articles (211). Sur les raisons pour lesquelles nous prenons cette position, nous nous référons à ce que nous avons dit au paragraphe touchant les conditions de l'autorisation.

Si toutes les conditions mentionnées ci-dessus sont réunies (212), l'autorité tutélaire doit donc accorder l'autorisation (212*bis*), mais peut prévoir un prélèvement unique ou des prélèvements périodiques. Dans tous les cas, elle doit en fixer le montant et, en cas de prélèvements périodiques, la durée de l'autorisation, quitte aux parents à renouveler leur requête si la situation ne s'améliore pas (213). En l'absence de toute disposition expresse contraire, l'autorisation emporte dispense de restitution. Cette dispense n'a donc pas à être mentionnée expressément dans la décision (214).

souciaient pas suffisamment de prêter à l'enfant l'assistance personnelle que celui-ci réclamait ; SCHIESSER (p. 121) remarque à juste titre que la bonne solution n'était pas en l'espèce le refus du prélèvement, mais des mesures prises en application de l'art. 307 CC. HEGNAUER (n. 250, 251 et 256 ad 272 CC) est de l'avis contraire au nôtre. Pour nous, la seule exception possible consiste dans le cas où l'objet de la dépense prévue par les père et mère est proprement absurde.

(211) SCHIESSER (p. 118) n'admet pas la charge de restitution. Il n'admet même pas la restitution sous l'apparence d'un prêt, les dispositions du droit de la famille étant incompatibles avec les dispositions du droit des contrats, selon lui. Sur ce dernier point, il a raison, et il faut bien admettre que l'autorité tutélaire ne peut pas négocier, au lieu de donner son autorisation au sens de l'art. 320 al. 2 CC, un prêt du mineur aux père et mère ; en revanche, le refus de dispenser de la restitution ouvre l'action du chef de la gestion d'affaire et les père et mère seront tenus de restituer capital et intérêt.

(212) Mais exclusivement celles-ci. SCHIESSER (p. 120) désapprouve à juste titre une décision lucernoise qui statuait en dehors des conditions légales et en se fondant sur l'importance du patrimoine du mineur (SJZ 23 p. 344, n° 271).

(212*bis*) *Contra* EGGER (n. 10 ad 272 CC) ; mais il semble viser le cas où les conditions subjectives ne sont pas réunies, du moins c'est ce que l'on peut déduire de l'exemple qu'il cite. Il relève à juste titre que contre la décision de l'autorité tutélaire le recours de l'art. 420 CC est ouvert, de même ROSSEL (I, p. 348) et HEGNAUER (n. 260 ad 272 CC). A relever que le prélèvement peut être autorisé préalablement ou postérieurement (HEGNAUER, n. 249 et 265 ad 272 CC).

(213) Dans ce sens, SCHIESSER (p. 117) et HEGNAUER (n. 252, 253 et 257 ad 272 CC).

L'autorité tutélaire ne peut donc autoriser un prélèvement de montants indéterminés et sans référence à une limite de temps.

Selon Hedwig WIDMER aussi, l'autorité tutélaire doit fixer le montant du prélèvement (p. 30). Le même auteur, au même endroit, relève que le détenteur de l'autorité parentale a le devoir d'avertir l'autorité tutélaire lorsque sa condition s'améliore et que les prélèvements sont autorisés pour une certaine durée. Nous partageons, bien entendu, cet avis. L'omission de signaler cette amélioration serait également un cas d'application de l'art. 324 CC.

(214) Pour HEGNAUER, la décision de l'autorité tutélaire (éventuellement de l'autorité de surveillance) est de nature constitutive et non pas simplement déclarative (n. 263

C. *Les dispositions accessoires* (215)

L'autorité peut instaurer les moyens nécessaires de surveillance sur l'affectation des sommes prélevées. Il ne faut pas oublier en effet, qu'en accordant l'autorisation de déroger aux règles touchant l'emploi des espèces de l'enfant, l'autorité tutélaire ouvre aux père et mère un droit qu'ils ne posséderaient pas. Faute de droit, c'est-à-dire faute de l'exercice d'une liberté quelconque en tant que titulaires de l'autorité parentale, il n'y a pas à s'inquiéter des limites que celle-ci opposerait à l'exercice de l'autorité. Ce serait d'autant plus absurde que l'art. 320 al. 2 CC s'applique également, que les père et mère soient ou non titulaires de l'autorité parentale (216). D'un autre côté, il résulte de la loi elle-même que les prélèvements

ad 272 CC). La décision de l'autorité est-elle constitutive (comme le soutient EGGER, n. 10 ad 272 CC) ou déclarative (comme le soutient SCHIESSER, p. 114/115)? Pour nous, la réponse est claire: l'autorisation de prélever est une dérogation au principe de l'emploi productif des capitaux du mineur, principe qui oblige aussi bien le détenteur de l'autorité parentale que le tuteur. Il n'est donc pas licite à l'un ni à l'autre de faire ces prélèvements et ils ont besoin, aux conditions de l'art. 320 al. 2 CC, d'une autorisation spéciale, fondée sur l'art. 272 CC. Cette autorisation implique les pouvoirs nécessaires pour opérer le prélèvement. Il apparaît dès lors que la décision de l'autorité tutélaire est bien constitutive et non déclarative. Selon HEGNAUER (n. 247 ad 272 CC), lorsqu'il y a lieu d'opérer un prélèvement sur un capital soustrait à l'administration légale du détenteur de l'autorité parentale, c'est à l'auteur de l'attribution qu'il convient de prendre la décision prévue à l'art. 320 al. 2 CC. Cette position nous paraît erronée, attendu que l'art. 320 al. 2 CC s'applique à tout capital restituable du mineur, quel que soit l'administrateur légal. C'est dire que dans tous les cas, quel que soit le statut du patrimoine intéressé, la décision appartient à l'autorité tutélaire. De même est-ce à tort selon nous que cet auteur (n. 248 ad 272 CC) demande le consentement du curateur éventuel. Dans les deux cas, un préavis suffit.

Logique avec sa conception de la valeur purement déclarative du prononcé de l'autorité tutélaire, SCHIESSER (p. 115/117) considère que le juge de l'action visée à l'art. 327 CC n'est pas lié par le prononcé intervenu en application de l'art. 320 al. 2 CC, pas plus que par son absence. Selon nous, au contraire, il est lié par un prononcé (positif ou négatif); il ne conserve son indépendance que si l'autorité tutélaire n'a pas été saisie d'une telle demande d'autorisation.

(215) Selon SCHIESSER (p. 117), d'autres charges ou conditions que celles qui figurent au paragraphe précédent ne sont pas autorisées. Cet auteur paraît oublier que l'autorité tutélaire est dans un domaine qui lui appartient en propre, où les droits subjectifs des père et mère sont inexistants et où, pouvant le plus, elle peut le moins.

(216) Les actes juridiques faits avec les biens prélevés ou sur ceux-ci ne sont pas nuls, lorsque les père et mère n'avaient pas de l'autorité tutélaire l'autorisation de les faire, puisque la sanction n'est pas dans la nullité ou l'annulation de l'acte, ce qui se traduirait par une action du co-contractant éventuel contre le représentant sans pouvoir en vue des dommages et intérêts (cf. art. 32 ss CO) mais la sanction est dans l'obligation des père et mère de restituer. Que l'acte ne soit pas nul, c'est également l'avis d'Hedwig WIDMER, p. 28/29.

ne peuvent être affectés qu'aux frais d'entretien et d'éducation du mineur, à l'exclusion de tout autre but, et notamment à l'exclusion de l'affectation aux besoins de la famille en général, soit les père et mère, soit les frères et sœurs du mineur intéressé. En outre, si les parents ont causé, par leur faute, la situation qui nécessite l'application de l'article, il se peut qu'ils aient manqué à leur devoir d'administrateurs, mais non pas nécessairement, puisque l'application de l'art. 276 CC est indépendante du régime d'administration légale, et en tout cas à leur devoir relativement à la personne de l'enfant, dans la mesure où ils ont compromis les moyens du développement physique et mental de ce dernier. En tant qu'il s'agit de rétablir la situation à ce point de vue, l'autorité tutélaire peut donner aux parents, en application de l'art. 307 CC, les instructions nécessaires.

Notamment, pensons-nous, elle pourrait, pour éviter le retour d'une telle situation, prescrire aux parents certains actes de gestion touchant les biens et services affectés à l'entretien du mineur et à son éducation (216*bis*). Ainsi, pourrait-elle, par exemple ordonner aux père et mère de se défaire d'objets de luxe dispendieux, que ces derniers auraient achetés pour l'enfant au mépris des nécessités élémentaires de celui-ci. Elle peut aussi ordonner que les prélèvements soient affectés à certains buts ou interdire qu'ils le soient à certains autres (216*ter*). Elle pourrait également commander aux père et mère de constituer des provisions en vue de dépenses prévisibles qui auraient trait aux besoins futurs du mineur. Le tout dans la mesure commandée par la sauvegarde des intérêts de l'enfant, ceux-ci n'étant pas, dans ce cas, purement patrimoniaux, mais ayant trait à l'assistance. En outre, et toujours dans la même optique, celle de pourvoir aux besoins prévisibles du mineur, l'autorité tutélaire est en droit de vérifier que les prélèvements sont bien affectés exclusivement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant (216*quater*). Elle est donc légitimée à demander aux parents les informations nécessaires pour vérifier si ce but est bien rempli. Elle peut donc demander un rapport, voire des rapports périodiques, si l'autorisation est accordée pour une durée considérable.

(216*bis*) Elle pourrait prescrire le remboursement de l'avance à laquelle elle consent (dans ce sens, HEGNAUER, n. 254 et 254 a ad 272 CC).

(216*ter*) Dans ce sens, HEGNAUER (n. 253 ad 272 CC).

(216*quater*) Dans ce sens, HEGNAUER (n. 257 ad 272 CC).

Section 2: L'approbation des conventions concernant l'obligation d'entretien (art. 287 et 288 al. 2 litt. a CC)

§ 1. Généralités

A. *Le but et la nature de l'approbation*

Il faut distinguer l'approbation par le juge (art. 287 al. 3 et 288 al. 2 litt. a CC) et l'approbation par les autorités de tutelle, autorité tutélaire (art. 287 al. 1 CC), et autorité de surveillance (art. 287 al. 2 et 288 al. 2 litt. a CC). En imposant en effet l'approbation de l'un ou des autres, le législateur a eu en vue d'éviter des conventions iniques à l'égard de l'enfant. Ce motif l'a amené à mettre en œuvre deux moyens distincts.

D'une part en effet, on doit considérer qu'une convention concernant l'obligation d'entretien est une transaction (217) dans tous les cas en ce qu'elle tend à prévenir ou à terminer un procès, soit qu'elle porte sur la demande d'aliments (art. 280 al. 1 CC), seule ou cumulée avec l'action en paternité (art. 280 al. 3 et 261 al. 1 CC), soit qu'elle porte sur des sûretés à fournir pour les contributions d'entretien futures (art. 292 CC). Dès lors, obliger le représentant légal de l'enfant, soit le titulaire de l'autorité parentale, père ou mère, soit le tuteur, à soumettre la convention à l'approbation d'une autorité de tutelle revient à appliquer dans tous les cas l'art. 421 ch. 8 CC relatif notamment aux transactions (218) et, en cas de clause de non-modification ou de libération du débiteur par une indemnité unique, l'art. 422 ch. 4 CC (219), relatif aux contrats dont l'objet est une pension — selon le Message du Conseil fédéral.

Cela étant, si indiscutablement la condition du mineur sous autorité parentale est celle même du mineur sous tutelle — sauf les dérogations légales (art. 305 al. 1 CC) —; qu'en conséquence, le titulaire de l'autorité parentale et le tuteur ont des pouvoirs identiques, mais dans le cas des conventions relatives à l'obligation d'entretien, sous cette réserve commune de l'approbation d'une autorité de tutelle au moins, c'est, à l'instar de ce qui se passe dans le cas du tuteur, que la ratification des autorités de tutelle est

(217) Ainsi Hegnauer n. 84 ad 319 CC.

(218) Le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la modification du Code civil suisse (du 5 juin 1974), se réfère à l'art. 421 ch. 8 CC (p. 64).

(219) Le Message de 1974 relève que l'attribution à l'autorité de surveillance en matière de tutelle du pouvoir d'approuver ces clauses «correspond essentiellement à celle de l'article 422 ch. et 5 CC» (p. 65).

fondée sur la nécessité d'apporter à la déclaration de volonté du titulaire de l'autorité parentale — cas échéant du pupille — ce qui leur manque pour être des actes juridiques générateurs de droits et d'obligations (220). Autrement dit, lorsque l'approbation des autorités de tutelle est requise dans le cas qui nous occupe, c'est que la loi restreint, attendu le risque d'iniquité et dans l'intérêt du mineur, l'exercice de l'administration et de la représentation légale par le titulaire de l'autorité parentale. Celui-ci est, aux conditions légales, réduit en ce cas à la condition du tuteur.

D'autre part, lorsque la transaction termine un procès et que l'on n'est pas dans le cas où elle le prévient, c'est l'approbation du juge que le législateur exige, et dans ce cas elle est nécessaire et suffisante. Il ne suit pas cependant que l'approbation du juge, tout en étant appelée par les mêmes motifs que celle des autorités de tutelle, ait la même cause juridique immédiate et par conséquent la même nature; ce n'est pas en effet parce que ces deux interventions tendent au même but qu'il s'agit de moyens identiques.

Dire que le juge ratifie en complétant le consentement du titulaire de l'autorité parentale, à l'instar des autorités de tutelle, serait une absurdité. Dès le moment en effet où les autorités de tutelle ratifient la déclaration de volonté du représentant légal de l'enfant, c'est l'ensemble formé de son représentant et des autorités qui, par leur acte commun, agit au nom et pour le compte du mineur, titulaire du droit à l'entretien. Il n'est pas possible d'en dire autant du juge, qui même en approuvant une transaction, ne saurait le faire au nom de l'une des parties qui plaident devant lui. Dès le moment en effet où il ne saurait se substituer à l'une de celles-ci lorsqu'elles sont en litige, le législateur ne peut avoir envisagé cette substitution, même comme un moyen de veiller aux intérêts de la partie qui est présumée la plus faible. Comme dans cet état de choses il ne reste pour consentir au nom et pour le compte du mineur que le titulaire de l'autorité parentale — la loi excluant l'intervention des autorités de tutelle — force est de conclure que dans le cas où la transaction termine un procès, ce titulaire conserve — contrairement à ce qui se passe lorsque la transaction prévient le procès — le plein exercice de l'administration et de la représentation légales.

Cela étant, on peut dire que le contrôle du juge en ce cas est celui même que lui impose l'art. 158 ch. 5 CC relativement aux conventions afférentes aux effets accessoires du divorce ou de la séparation de corps (221). Sa mission, dans un cas comme dans

(220) Cf. KAUFMANN n. 5 ad 421 CC; EGGER n. 16 ad 421 CC.

(221) Le Message de 1974 (p. 65), fait expressément référence à ce propos à l'art. 158 ch. 5 CC.

l'autre, est d'examiner si la convention est licite, claire et convenable aux circonstances de la cause. Son approbation revient à déclarer qu'il ne trouve pas de reproches à lui faire à cet égard.

On peut donc résumer le système en disant que le législateur, attendu le danger encouru par les intérêts du mineur en matière d'entretien, soumet le titulaire de l'autorité parentale à la condition du tuteur lorsqu'il s'agit de passer sur cet objet une transaction qui prévient un procès, mais, jugeant inutile cette réduction des pouvoirs d'administration et de représentation légales lorsque la transaction termine un litige, se borne à soumettre cette convention au contrôle du juge.

B. *La portée objective des art. 287 et 288 al. 2 CC*

Normalement, le contenu possible de conventions concernant l'obligation d'entretien se classe sous trois chefs, selon qu'il s'agit de la reconnaissance de paternité, de l'obligation d'entretien, enfin de dispositions accessoires aux deux éléments précédents (222).

1. *Reconnaissance de paternité*

On remarquera d'emblée que dans tous les cas où une convention concernant l'obligation d'entretien se passe en dehors d'une procédure judiciaire, la reconnaissance de paternité ne peut être objet unique de la convention. En dehors en effet d'une procédure judiciaire, la reconnaissance ne peut avoir lieu dans un contrat, en application de l'art. 260 al. 3 CC interprété *a contrario*. Dès lors, les autorités de tutelle n'ont pas à intervenir en pareil cas, même si l'obligation d'entretien est la conséquence nécessaire de la reconnaissance. Même lorsque l'auteur de la reconnaissance est mineur ou interdit et que l'autorité tutélaire intervient en application des art. 260 al. 2 et 421 chiffre 8 CC combinés — ce qui paraît logiquement résulter de ce qu'une reconnaissance a nécessairement le caractère d'une transaction, en ce qu'elle prévient l'action en paternité des art. 261 CC et suivants —, c'est la nécessité de compléter le consentement de l'auteur de la reconnaissance qui justifie son intervention, et aucunement celle de ratifier la déclaration de volonté du mineur ou de son représentant légal, de sorte que l'on n'est point sur le terrain des art. 287 et 288 CC. D'où il suit, inversement, et conformément à ce que nous avons développé ci-dessus, que même lorsque la reconnaissance se fait dans une procédure judiciaire

(222) Sur cet objet, nous nous permettons de renvoyer à l'exposé très complet d'HEGNAUER n. 95 à 112 ad 319 CC.

(art. 260 al. 3 CC), la ratification de l'autorité tutélaire n'en est pas moins indispensable, ce qui est le contraire du régime établi par les art. 287 et 288 CC pour les conventions qui nous occupent.

2. *Obligation d'entretien*

Comme l'obligation d'entretien naît de la seule constatation — par l'effet d'une présomption légale, d'une reconnaissance ou d'un jugement — du lien de filiation, l'objet propre des conventions concernant l'obligation d'entretien est surtout de régler la manière dont le débiteur en sera libéré. Il se peut dès lors que l'objet de la convention soit de délier le débiteur de son obligation aux conditions de l'art. 276 al. 3 CC. Si l'on n'en est pas là, l'objet de la convention est d'abord de déterminer si le débiteur se libérera par le versement d'un capital ou par des contributions périodiques.

A propos du versement d'un capital, il faut distinguer entre l'indemnité unique visée par l'art. 288 CC, dont le paiement libère d'un coup le débiteur de toute obligation, d'une part puisque selon les termes mêmes de la loi l'obligation sera exécutée (art. 288 al. 1 CC) et la somme qui représente la capitalisation d'une rente, dont le versement n'éteint pas l'obligation du débiteur, dans la mesure où il ne s'agit que du paiement anticipé d'une rente préalablement fixée, d'autre part (223). Si la distinction est de conséquence, c'est que des faits nouveaux peuvent justifier la modification d'une contribution qui a été envisagée sous forme de rente, ce qui n'a pas lieu en cas d'indemnité unique.

A notre sens, faute de disposition expresse dans la convention qui prévoit un capital, c'est l'indemnité unique qui doit être présumée. Les parties en effet doivent à notre avis être censées vouloir ce que la loi mentionne avec les effets qu'elle énonce, plutôt que ce qu'elle ne mentionne pas ; en outre, l'intention de celui qui promet un capital dans le cas qui nous occupe doit être présumée celle de se libérer, c'est-à-dire de verser l'indemnité unique de l'art. 288 al. 1 CC.

Normalement, la convention devra prévoir le montant du capital et la date du paiement. Mais les parties peuvent aussi s'en remettre à un tiers — et notamment au juge — de fixer la somme due et affecter le paiement de termes ou de conditions. Remarquons que si les parties s'en remettaient au juge de fixer le capital dû par une convention extra-judiciaire, la convention ne serait pas pour autant «judiciaire» au sens de l'art. 288 al. 2 litt. a CC, parce que le juge rendrait un jugement sur un point demeuré litigieux, de sorte que son prononcé ne serait nullement une homologation et que la ratification devrait nécessairement relever des autorités de tutelle.

(223) Sur cette distinction, cf. HEGNAUER n. 105 ad 319 CC.

A supposer que les parties conviennent de contributions périodiques, elles peuvent convenir que tout ou partie de l'entretien sera fourni en nature. En tout cas, il leur est loisible de faire fixer par un tiers — ou par le juge — la contribution du débiteur, ce qui nous incite à la même remarque qu'à propos du capital lorsqu'il est arrêté par le juge. En réglant la contribution, il y lieu de décider si les allocations familiales et les autres prestations semblables sont incluses. Si la convention ne s'exprime pas sur ce point, il y aura lieu de présumer qu'elles s'ajoutent, puisque c'est le système légal (art. 285 al. 2 CC). Normalement, la convention mentionnera les échéances convenues, le début et la fin des contributions.

On peut se demander, à ce propos, si la convention qui porte sur l'entretien de l'enfant au-delà de la majorité — ou de l'émancipation — (art. 277 al. 2 CC) est visée par les art. 287 et 288 CC. Une réponse positive ne pourrait pas, nous semble-t-il, s'autoriser d'une autre considération, sinon que le texte légal ne fait pas d'exception à cet égard. Cependant, pour ce qui concerne à tout le moins de telles conventions passées après la minorité ou l'émancipation de l'enfant, l'opinion contraire nous paraît s'imposer.

En effet, le but des art. 287 et 288 CC est d'éviter les conventions iniques, c'est-à-dire celles ou le débiteur est, sans motifs légitimes, libéré totalement ou partiellement de ce que contient ou emporte l'obligation d'entretien. Mais l'approbation imposée à ces fins par les articles dont nous parlons n'a de sens que si l'obligation existe. Or cette obligation prend fin en principe au moment de la majorité ou de l'émancipation de l'enfant (art. 277 al. 1 CC). Ce n'est que par exception que le terme peut en être reporté au-delà de cette époque et aux conditions de l'art. 277 al. 2 CC. On peut soutenir cependant que les art. 287 et 288 CC ne disposent que pour la règle générale — celle de l'art. 277 al. 1 CC précisément — en ceci qu'ils ne rappellent pas l'exception et que, cela étant, l'obligation d'entretien qui fait l'objet des conventions visées dans ces dispositions est celle dont le terme relève de la règle générale.

A cela s'ajoute qu'envisagée comme une transaction, la convention qui porte sur l'entretien dû en vertu de l'art. 276 et 277 al. 2 CC n'a pas identiquement les mêmes causes juridiques que celle qui porte sur l'entretien dû en vertu des art. 276 et 277 al. 1 CC, à cause précisément des conditions spéciales qu'énonce la disposition légale qui les concerne.

Dans ces conditions, s'il s'agit d'une transaction destinée à prévenir ou à terminer un procès, celui-ci, tout en étant l'action prévue par l'art. 279 al. 1 CC, n'en est pas moins une espèce particulière de cette action, de telle sorte que la transaction elle-même devient une convention toute spécifique, distincte par son fondement légal de la

convention ordinaire. Cela justifie un traitement spécifique, en ceci notamment qu'elle n'est pas nécessairement soumise à l'approbation imposée par les art. 287 et 288 CC.

C'est d'autant plus vrai que les conditions de cette action particulière ne seront guère réalisées qu'après la majorité ou l'émancipation, ou du moins, si c'est auparavant, non pas avant l'époque où il devient prévisible que ces conditions existeront au moment décisif, c'est-à-dire de toute manière à une époque très proche de la majorité ou de l'émancipation. L'époque où une telle convention peut s'envisager accentue encore la différence qui la sépare des autres conventions relatives à l'obligation d'entretien. Celles-ci ordinairement sont passées à une époque proche de la naissance de l'enfant. Cette place particulière doit à notre sens faire admettre que le législateur n'a pas dû viser des conventions aussi différentes à cet égard, notamment, de ce que l'on doit entendre tout naturellement par une convention concernant l'obligation d'entretien. Il n'est donc pas à penser qu'il ait entendu soumettre de telles transactions à l'approbation imposée par les art. 287 et 288 CC.

Enfin, soumettre à l'approbation des autorités de tutelle la convention passée par un majeur ou un mineur émancipé revient à le priver dans la même mesure de l'exercice des droits civils, d'une part, sans le soumettre — corrélativement — à une tutelle ou à une curatelle, étant précisé que, par hypothèse, les art. 306 al. 2 et 392 chiffre 2 CC ne sauraient être applicables en ce cas.

Ce régime est tellement exorbitant du droit commun qu'il aurait nécessairement dû faire l'objet d'une réglementation particulière qui lui serve de base légale. Or cela n'est pas. Nous pouvons donc conclure que l'approbation établie par les art. 287 et 288 CC ne vise que les conventions passées par le mineur pourvu d'un représentant légal et dès lors non émancipé.

Il en résulte aussi, d'ailleurs, que les conventions concernant l'entretien dû en application de l'art. 277 al. 2 CC passées par l'enfant majeur ou émancipé ne sont pas plus soumises à l'approbation du juge en cas de procès (art. 287 al. 3 et 288 al. 2 litt. a CC) qu'elles ne le sont à celles des autorités de tutelle en dehors d'un procès. C'est en effet la même cause qui justifie l'intervention alternative de celui-ci ou de celle-là. Dès le moment où elle disparaît, c'est l'alternative tout entière qui n'a plus de raison d'être, et non seulement l'un de ses termes. L'intervention judiciaire n'est donc pas justifiée. Dès lors, l'enfant majeur ou émancipé passe, sans approbation quelconque, des conventions relatives à l'entretien qui lui serait dû au titre de l'art. 277 al. 2 CC.

Pour revenir au contenu de la convention, les parties peuvent, soit exclure toute modification, soit se borner à réserver les faits

nouveaux qui modifieraient tant les contributions périodiques convenues que le montant qui résulte de la capitalisation de ces rentes — car seule l'indemnité unique étant libératoire exclut toute modification ultérieure de la transaction —, soit prévoir l'effet de certains faits nouveaux qui sont ordinairement prévisibles. A cet égard, le décès du débiteur peut causer des difficultés.

D'abord, si le débiteur est le père de l'enfant, son décès éteint la créance de ce dernier, qui devient héritier. Cela étant, si le débiteur promet le versement d'une contribution d'entretien après son décès, il ne peut guère s'agir que d'un legs — et dans ce cas, outre que cette promesse doit être faite dans la forme des dispositions à cause de mort pour être valable, les cohéritiers peuvent soumettre cette libéralité à réduction. Si le débiteur n'est pas le père de l'enfant, les cohéritiers pourront agir en réduction. De même, si le promettant a agi dans une intention libérale — mais non pas dans un autre cas, puisqu'ils héritent à tout le moins une action contre le père du chef de la gestion d'affaires. La même solution est applicable quel que soit le débiteur si ce dernier a promis un montant qui représente la capitalisation des contributions périodiques, puisqu'un tel capital n'est pas l'indemnité unique visée à l'art. 288 CC. Lorsque c'est celle-ci qui a été versée, la solution est la même encore si c'est le tiers qui est le débiteur, mais lorsque celui-ci est le père, il n'y a pas lieu à réduction, puisque la cause juridique du paiement est l'obligation d'entretien et non la cause de mort (224). Dans tous les cas, il sera prudent de régler dans la convention même les suites du décès du débiteur. Quant au décès du mineur, ou quant à son changement de statut entraînant une obligation d'entretien à la charge d'un autre que le débiteur — par exemple par adoption ou par légitimation après désaveu —, ils emportent tout naturellement l'extinction de l'obligation d'entretien à la charge du débiteur, ce qui crée des difficultés en cas de paiement d'un capital. Que celui-ci représente la capitalisation de contributions périodiques ou l'indemnité unique prévue par l'art. 288 CC, il y a lieu en principe à restitution proportionnelle, puisque la cause du paiement a disparu (225).

Dans le cas où la convention exclut la restitution, il s'agit en principe d'une libéralité réductible le cas échéant aux conditions légales.

Indépendamment des causes d'extinction de l'obligation d'entretien, la convention peut régler les cas prévisibles de changements dans les besoins du créancier — par exemple l'échelonnement des pensions selon l'âge de l'enfant — ou dans les ressources

(224) Ainsi HEGNAUER n. 109 ad 319 CC et ESCHER n. 33 ad 527 CC.

(225) Ainsi HEGNAUER n. 102 et 107 ad 319 CC.

du débiteur, ou encore dans la valeur de la monnaie — par exemple la clause d'indexation —.

Enfin, les conventions visées aux art. 287 et 288 CC contiennent normalement des dispositions sur les garanties à fournir par le débiteur. Au sens large, dans la mesure où l'acte règle les conséquences de l'inexécution et notamment de la demeure dans le paiement des contributions périodiques et en tout cas prévoit la cession de créances du débiteur (cf. l'art. 291 CC). Au sens strict ensuite, si le débiteur s'engage à procurer les sûretés appropriées pour les contributions d'entretien futur (cf. l'art. 292 CC).

3. *Dispositions annexes*

Parmi les dispositions annexes les plus importantes qui puissent apparaître dans l'une des conventions visées aux art. 287 et 288 CC figurent celles qui ont trait aux indemnités dues à la mère, en application de l'art. 295 CC, auquel nous renvoyons. Outre ces indemnités, la convention peut prévoir une indemnité pour atteinte aux intérêts personnels, puisque la mère pourrait certainement à notre sens en demander une aux conditions des art. 28 CC et 49 CO et non plus aux conditions de l'ancien article 318 CC (226).

Dans tous les cas la convention devrait aussi contenir des clauses relatives aux relations personnelles avec l'enfant de celui des père et mère à qui ce dernier n'est pas confié (art. 273 CC), voire de tiers, avec qui des relations personnelles peuvent exceptionnellement se justifier (art. 274 a al. 1 CC).

Enfin, le père peut, dans la convention, tolérer l'usage de son nom par l'enfant né de la femme avec qui il n'est pas marié, même si en droit c'est le nom de celle-ci que porte le mineur (art. 270 al. 2 CC). Une autre disposition accessoire à une convention est la promesse de la mère de ne pas dévoiler le nom du père (227).

En définitive, les art. 287 et 288 CC s'étendent à toute convention passée par le mineur soumis à l'autorité parentale ou à la tutelle, non émancipé, et ayant pour objet, en partie à tout le moins, de prévenir ou de terminer un procès relatif au lien de filiation avec le mineur, à l'obligation d'entretien qui en résulte, aux droits de la mère non mariée avec l'auteur de l'enfant et aux relations de ce dernier avec l'un de ses parents, que ces questions soient réglées séparément ou cumulativement.

(226) Le Message de 1974 (p. 70), relève expressément que l'indemnité de l'ancien article 318 CC qui ouvrait un droit à réparation morale n'était qu'un cas d'application des art. 28 CC et 49 CO et qu'en abandonnant donc cette disposition, la protection de la mère n'est pas matériellement diminuée pour autant.

(227) Voir HEGNAUER n. 97 ad 319 CC.

C. *La portée subjective des art. 287 et 288 CC*

La seule partie qui est nécessairement présente à une convention concernant l'obligation d'entretien est le mineur. En effet, le débiteur peut n'être pas le père, mais tout tiers intervenant (228) (art. 68 CO) à titre gratuit ou onéreux; cependant, sont seules soumises à l'approbation établie par les art. 287 et 288 CC les conventions passées entre l'enfant et son auteur (229). Il en résulte que celles qui le seraient avec un tiers échappent à ce régime (230). En outre, avec le mineur peuvent intervenir à l'acte des parents nourriciers (art. 294 al. 1 CC), qui peuvent prendre la position de créanciers, mais nécessairement avec le mineur puisque celui-ci est seul créancier des contributions d'entretien (art. 289 al. 1 CC) et du reste seul titulaire du droit à l'entretien. Les parents nourriciers agiront évidemment au titre de la gestion d'affaires.

L'enfant est nécessairement représenté par le titulaire de l'autorité parentale (art. 297 al. 1 CC), soit par la mère (art. 298 al. 1 CC) soit par le père (art. 300 al. 1 CC), par un curateur (art. 308 al. 2 CC), par un tuteur (art. 298 al. 2 CC).

§ 2. L'intervention du juge ou des autorités de tutelle

A. *Eléments communs à ces deux interventions*

Si les art. 287 et 288 CC prévoient l'intervention de l'autorité, c'est afin de permettre à celle-ci de s'assurer que la convention relative à l'obligation d'entretien n'est pas inique, c'est-à-dire,

(228) Ainsi Hegnauer n. 25 à 28, 38 à 40, 49, 83 et 90 ad 319 CC.

(229) C'est la seule façon à notre sens d'interpréter cette remarque du Message de 1974 (p. 65), que «les conventions prévues par cette disposition (les art. 287 et 288 CC réd.), portent sur l'obligation d'entretien du droit de la famille reposant sur la filiation. La conclusion de conventions d'entretien reposant sur le droit des obligations demeure autorisée... Point n'est besoin pour cela de prescriptions spéciales. De telles conventions... ne portent pas atteinte au droit d'intenter action en constatation ou en contestation de la filiation dans le délai légal.»

(230) Que se passe-t-il cependant si la convention passée avec un tiers contient une renonciation à demander à l'auteur de l'enfant une contribution d'entretien? A notre avis, portant sur une conséquence de la filiation, elle est soumise au régime des art. 287 et 288 CC, même passée avec un tiers. Cela résulte à notre avis de la dernière phrase du fragment du Message cité à la note 229. Dans ce cas, en effet, le droit de réclamer l'entretien est touché. Or, ainsi que nous l'avons vu, toute question qui dépend de la filiation est l'objet naturel des conventions prévues aux art. 287 et 288 CC. Du reste, sauf stipulation pour autrui (le père) de la part du tiers, le père devrait logiquement être partie à l'acte qui comprend une pareille clause.

essentiellement, que son contenu est conforme aux normes de l'art. 285 al. 1 CC, autrement dit que la contribution d'entretien ou l'indemnité unique correspond aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère, compte tenu de la fortune et des revenus du créancier (231). L'autorité doit donc d'abord s'assurer de la conformité aux lois de la convention proposée par les parties. C'est dans cette optique aussi qu'elle doit s'enquérir du caractère complet de la convention. Nous l'entendons en ce sens que l'autorité doit acquérir la certitude que tous les points qui doivent habituellement être l'objet de la transaction — et que nous avons énumérés ci-dessus — ont été vus par les parties et notamment que l'enfant reçoit tous les avantages que la loi entend lui réserver, lorsque la situation des père et mère le permet, ou qu'il y renonce pour des motifs justes et équitables, ou à tout le moins que les points qui resteraient contentieux sont effectivement destinés à être soumis au juge. Il en va de même d'ailleurs pour les prétentions de la mère non mariée, puisque celles-ci se fondent aussi sur le lien de filiation entre le père et l'enfant. Enfin, l'autorité doit s'assurer que la convention est claire et n'est susceptible d'aucune équivoque qui ramènerait un litige qu'elle tend à prévenir.

Aux fins ci-dessus, c'est la maxime d'office qui est applicable en la matière. Cela a toujours été le cas pour les autorités de tutelle. Pour l'autorité judiciaire, l'art. 280 al. 2 CC l'a prescrit expressément touchant les faits relatifs à l'obligation d'entretien — et à notre avis, touchant tous les faits relatifs au contenu de la convention tel que nous l'avons décrit tout à l'heure —. Cela signifie que l'autorité doit recueillir les éléments de fait relatifs à chacune des solutions adoptées par la convention et aux motifs qui les ont fait adopter, et s'assurer de leur exactitude par toutes les preuves utiles: déclaration des parties et de tiers, attestation, pièces. En résumé, le juge doit recueillir pour approuver la transaction les mêmes éléments que ceux qui lui seraient nécessaires pour juger, et les autorités de tutelle doivent constituer le même dossier que le juge. Son examen fait, l'autorité peut approuver la convention purement et simplement, ou sous condition, c'est-à-dire soumettre son approbation, même d'avance, à la modification ou à l'introduction de clauses qu'elle doit à notre sens indiquer aux parties. Dans la même logique, l'autorité peut refuser d'approuver la convention, en indiquant ses motifs. C'est en effet que l'approbation n'est pas laissée au pur arbitre de l'autorité, mais à son appréciation dans les limites légales. La ratification impliquant que la convention est, aux yeux de ladite autorité, claire, complète et conforme à la loi, le refus

(231) Ainsi HEGNAUER n. 114 et 115 ad 319 CC.

d'approuver signifie au contraire que selon l'autorité elle pèche sur un de ces points. D'où il suit que l'autorité doit donner son avis, puisque c'est en définitive ce qu'on lui demande en même temps que son approbation. Aussi, à notre sens, son refus sans motif ni explication serait un déni de justice.

La suite d'un refus d'approbation est différente selon l'autorité qui prononce. Si c'est l'autorité tutélaire, il y a recours à l'autorité de surveillance en matière de tutelle, en application de l'art. 420 CC. Ce recours en effet, postulé par l'organisation hiérarchique même des autorités de tutelle, est coextensif à l'étendue de leurs attributions. Si, en revanche, c'est le juge ou l'autorité de surveillance qui refuse son approbation, les parties ont, à notre avis, le choix ou de refaire une convention sur le vu des motifs de refus exposés par l'autorité, ou de saisir le juge pour statuer sur les prétentions de la mère ou de l'enfant demandeur.

Quant à une approbation partielle, elle nous paraît possible aux conditions de l'art. 20 al. 2 CO. La divisibilité du contrat est, selon cet article, la règle générale et devra être admise en cas de doute. C'est d'après les circonstances de l'affaire en revanche et la volonté des parties qu'il faudra résoudre la question de savoir si la convention doit être refusée dans son ensemble ou seulement pour une partie (232). Dans tous les cas, l'autorité qui prévoit une approbation partielle seulement fera bien, à notre sens, d'exposer son point de vue aux parties et de recueillir leurs déterminations.

B. *Le concours des autorités de tutelle*

L'autorité de droit commun est l'autorité tutélaire, puisque tout en dérogeant, par l'intervention du juge et celle de l'autorité de surveillance en matière de tutelle (233) à l'art. 421 ch. 8 CC, les art. 287 et 288 CC ne font que répéter cette disposition en tant qu'il s'agit d'un mineur sous tutelle ou sous curatelle, et l'étendre au-delà de son application ordinaire en tant qu'il s'agit d'un mineur

(232) Ainsi s'exprime FICK, n. 6 ad 20 CO.

(233) Nous le disons, bien qu'en matière de convention d'entretien l'autorité de surveillance en matière de tutelle n'ait aucune vocation légale à intervenir, non pas même en application de l'art. 422 ch. 4 CC (la mention de l'art. 422 ch. 5 CC dans le Message de 1974, p. 65, semble une inadvertance), dès le moment où — preuve en soit le texte allemand (« *Leibgedings-, Leibrenten- und Verpfründungsverträge* ») et le texte italien (« *Contratti di vitalizio o di rendita vitalizia* ») — cette disposition ne vise pas les pensions alimentaires et contributions d'entretien. Ce sont donc les art. 287 et 288 CC qui sont les seules bases légales ici applicables. En réalité, seul l'art. 421 ch. 8 CC peut entrer en ligne de compte indépendamment de ces deux dispositions, et cet article n'attribue de compétences en la matière qu'à la seule autorité tutélaire. Dans notre sens, HEGNAUER, n. 113 ad 319 CC.

sous l'autorité parentale. Dérogeant au régime ordinaire de l'art. 421 ch. 8 CC, l'intervention du juge et celle de l'autorité de surveillance sont soumises à des conditions spéciales, mais, ces conditions réalisées, la compétence de ces deux autorités l'emporte sur celle de l'autorité tutélaire, qui intervient dès lors subsidiairement à toute autre. C'est pourquoi nous commençons par les exceptions.

Les conditions d'intervention du juge n'offrent aucune difficulté. Il suffit que l'action fondée sur l'obligation d'entretien soit introduite: cela résulte clairement des art. 287 al. 3 et 288 al. 1 litt. a CC. Or, la notion d'ouverture d'action est de droit fédéral. Il suffit donc de renvoyer sur ce point aux auteurs et à la jurisprudence.

A ce propos, il convient de relever que dès le moment où l'intervention du juge exclut le concours des autorités de tutelle, il suit que l'art. 287 al. 2 CC n'est pas applicable dans le cas où la transaction termine un procès et que le juge est compétent, en application de l'art. 287 al. 3 CC, pour approuver non seulement la convention, mais aussi les clauses qui excluent la modification des contributions d'entretien. Pour la même raison, à notre sens, l'art. 287 al. 3 CC déroge au régime légal ordinaire pour ce qui concerne le mineur sous tutelle auquel normalement l'art. 421 ch. 8 CC serait applicable. Le texte légal en effet n'oppose ni implicitement ni explicitement l'une à l'autre des conditions du mineur et il n'existe aucune raison de les différencier à cet égard.

1. *Ratification de l'autorité de surveillance*

Il n'y a lieu à ratification de l'autorité de surveillance en matière de tutelle que si la convention exclut la modification des contributions d'entretien (art. 287 al. 2 CC) ou qu'elle prévoie une indemnité unique (art. 288 al. 2 litt. a CC).

L'élément, commun à ces deux cas, qui fonde l'intervention de l'autorité de surveillance, c'est que la transaction une fois exécutée, les droits de l'enfant créancier contre le débiteur sont éteints sans remède. C'est une exception au régime légal, pour lequel les conventions d'entretien sont conclues sous réserve de faits nouveaux de nature à modifier les droits de l'enfant et les obligations du débiteur (art. 286 CC).

Il en résulte que l'activité de l'autorité de surveillance doit tendre uniquement à apprécier la valeur des motifs — que les parties expliqueront — qui permettent la dérogation au régime légal (234).

(234) Le projet d'art. 288 al. 1 CC parlait de «justes motifs» et le Message de 1974 (p. 65), cite les difficultés d'encaissement de contributions périodiques. Sur les avantages et les inconvénients de l'indemnité unique, cf. HEGNAUER n. 101 et 111 ad 319 CC.

Les considérations qui précèdent permettent de faire les remarques que voici:

D'abord, la ratification de l'autorité de surveillance n'est pas requise lorsque le capital convenu n'est pas l'indemnité unique prévue par l'art. 288 CC mais la capitalisation de la contribution périodique, capital auquel le régime légal dont relèvent les contributions périodiques est entièrement applicable, y compris l'art. 286 CC. Bien entendu, les parties pourraient exclure même dans ce cas et comme dans celui des contributions périodiques, l'application de cette disposition. Mais attendu l'intention des parties de libérer le débiteur par ce versement unique, on revient purement et simplement au régime de l'indemnité visée à l'art. 288 CC, avec laquelle ce capital ne présentera plus de différence significative.

Ensuite, dans la mesure où l'approbation de l'autorité tutélaire est une ratification, ainsi que nous l'avons vu plus haut et que dès lors l'autorité agit, pour sa part, au nom et pour le compte du mineur, on ne peut envisager l'autorité de tutelle comme un arbitre des intérêts opposés des parties à la transaction. Cela signifie que l'autorité de surveillance n'obéit aux fins de son intervention qu'en se plaçant exclusivement au point de vue de la défense des intérêts du mineur. Si son intervention tend à épargner à l'enfant la conclusion d'une convention inique, cette iniquité ne l'intéresse que dans la mesure où elle est au détriment de ce dernier. Elle n'a donc pas à s'occuper de l'iniquité que pourrait subir le débiteur. Il suit que lorsque les parties ont convenu d'exclure la modification de la transaction — ou arrêtent une indemnité unique — dans des conditions et avec des conséquences telles qu'elles ne peuvent opérer qu'au détriment du débiteur, mais non de l'enfant, l'intervention de l'autorité de surveillance ne se justifie pas, attendu qu'il ne s'agit pas, à notre sens, des modifications visées par l'art. 287 al. 2 CC. En intervenant — et à plus forte raison en refusant d'approuver une telle convention — l'autorité de surveillance dépasserait ses attributions et commettrait un abus de pouvoir constitutif d'arbitraire. Encore faut-il que ce caractère soit manifeste.

S'il y a doute, la transaction doit être soumise à l'examen de l'autorité de surveillance pour qu'elle statue sur sa compétence. Si elle l'admet, dans un cas où par hypothèse elle n'eût pas eu à le faire, sa ratification ne peut intervenir qu'à toutes fins utiles: *superflua non nocent*. Si elle l'écarte, elle renverra la convention à l'autorité tutélaire en lui signifiant que la ratification de celle-ci est suffisante en application de l'art. 287 al. 1 CC: c'est en effet, si l'on nous suit, que la ratification de l'autorité tutélaire est nécessaire mais suffisante pour toutes les espèces de clauses de non-modification qui n'aggravent la situation que du débiteur.

Si la contribution d'entretien doit, à peine d'iniquité au détriment du mineur, être en tout temps conforme à la loi, c'est-à-dire correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère compte tenu de la fortune et des revenus de l'enfant (art. 285 al. 1 CC), et qu'il est d'expérience que — sauf ce qui est absolument indispensable à la simple subsistance de tout être humain — ces éléments varient plus ou moins, il est logique d'admettre que toute convention est présumée faite sous réserve de faits nouveaux de nature à modifier les facteurs énumérés par l'art. 285 al. 1 CC (cf. art. 286 CC). Autrement dit, une convention qui ne contient aucune réserve à cet égard est réputée être modifiable aux conditions de l'art. 286 CC (235). Pour être immuable absolument, elle doit contenir une clause de non-modification en termes exprès et non équivoques (236).

Si, expressément, la transaction exclut n'importe quelle modification liée aux éléments qui concourent à fixer la contribution d'entretien, on peut parler d'immutabilité totale. Mais — et c'est le cas le plus fréquent — elle peut expressément régler d'avance les conséquences d'événements prévisibles — qui modifient certains des facteurs légaux de fixation de la contribution périodique.

Dans ce cas, on doit admettre que les parties entendent exclure toute modification de la convention au-delà des effets attachés par cet acte aux événements qui y sont prévus. Ainsi, lorsque les parties indexent la contribution d'entretien, elles entendent exclure toutes autres modifications que celles qu'elles prévoient liées à la dépréciation de la monnaie. Celles qui suivent des événements autres que cette dépréciation seront réputées soumises à la règle générale. On peut raisonner de même en cas d'échelonnement de la contribution d'entretien selon l'âge de l'enfant. Les parties sont alors présumées avoir mesuré tous les effets prévisibles attachés à la croissance de l'enfant et aux nécessités qu'elle entraîne et les avoir réglés complètement, de telle manière que le changement envisagé dans la convention épuise tous les droits que l'enfant peut tirer de sa croissance. De même, si la contribution d'entretien est échelonnée en fonction du salaire du débiteur, par exemple, les parties seront réputées avoir réglé complètement les suites de cet ordre de changement et avec le même résultat que ci-dessus. Il est donc permis de dire que ces conventions sont partiellement immuables. En effet, ne

(235) Le Message de 1974 (p. 65) relève expressément que les contributions d'entretien peuvent être modifiées comme celles qui sont fixées en justice. Sur ce point, le régime des conventions d'application de l'art. 319 CC ancien où ces conventions étaient définitives, sauf modifications expressément réservées (*eod. loc.*, p. 64), est abandonné.

(236) Le Message de 1974 (p. 65), le dit nettement.

sont admis à emporter des modifications de la convention que les événements dont les suites ne sont pas réglées par celle-ci ou ceux qui, même s'ils agissent dans l'ordre des événements prévus par la convention, étaient objectivement et absolument imprévisibles au moment où elle a été passée, alors qu'ils modifient les éléments énumérés à l'art. 285 al. 1 CC dans une mesure telle que la transaction n'eût jamais été passée telle qu'elle est si ces faits avaient été connus. La suite à donner à ces modifications relève de la règle générale de l'art. 286 CC combiné avec l'art. 285 al. 1 CC.

Seules les conventions frappées d'immutabilité totale sont, à notre sens, soumises à la ratification de l'autorité de surveillance. Aussi bien, elles ont seules pour effet, par leur exécution, d'éteindre sans remède, c'est-à-dire sans recours possible à l'art. 286 CC, les droits que l'enfant tire de la transaction et, seules dès lors, elles répondent à la raison d'être de l'intervention de cette autorité. Cela revient à dire que n'entrent dans les prévisions de l'art. 287 al. 2 CC que les transactions où l'enfant renonce absolument et définitivement à invoquer l'art. 286 CC, quelles que soient les circonstances — sous réserve cependant des circonstances extraordinaires dont nous venons de parler plus haut, ce qui va de soi —.

En résumé, il appartient à l'autorité de surveillance en matière de tutelle d'approuver les conventions qui aggravent la situation de l'enfant en excluant complètement toutes réserves d'application de l'art. 286 CC (art. 287 al. 2 CC) ainsi que celles qui prévoient l'extinction de son droit à l'entretien moyennant le versement d'une indemnité unique (art. 288 CC).

2. *Ratification de l'autorité tutélaire*

Il appartient à l'autorité tutélaire de ratifier toutes les conventions concernant l'obligation d'entretien qui sont passées lorsque n'est pas ouverte une action ayant pour objet la filiation de l'enfant (art. 261 ss CC), son droit à l'entretien (art. 279 ss CC), la protection de son droit (art. 291 et 292 CC) et les droits de la mère non mariée (art. 295 CC). Cela doit s'entendre, bien entendu, en ce sens qu'elle ne peut intervenir dans la mesure des conclusions prises devant le juge. Sous cette réserve, elle ratifie, comme degré unique de juridiction en matière de tutelle, et par extension de l'art. 421 chiffre 8 CC, toutes les conventions qui, à raison des clauses que nous avons examinées sous chiffre 1 ci-dessus n'ont pas à être soumises en outre à l'autorité de surveillance. Celles qui sont dans ce dernier cas, elle les ratifie aussi, mais comme premier degré de juridiction en matière de tutelle, et à charge de les transmettre à l'autorité de surveillance afin de compléter l'approbation qu'elle a

donnée. Son concours en effet n'est pas moins nécessaire dans ces cas-là. Aussi bien, lorsque la loi appelle pour la ratification de ces conventions l'intervention de l'autorité de surveillance, elle en fait autant de celle de l'autorité tutélaire. Cela résulte de la hiérarchie même des autorités de tutelle, qui exclut l'attribution directe d'une compétence à l'autorité de surveillance, second degré de juridiction, et impose par conséquent le passage de l'acte à ratifier à tous les degrés de juridiction organisés par la législation cantonale (cf. art. 361 et 422 CC) (237).

En dehors des art. 287 al. 2 et 288 al. 2 litt a CC, la combinaison des art. 287 al. 1 et 420 CC peut appeler l'intervention de l'autorité de surveillance sur recours de quiconque justifie un intérêt suffisant, c'est-à-dire, s'il n'est pas partie à l'acte, entend sauvegarder en agissant les intérêts de l'enfant (238). Peu importe en effet que l'art. 287 al. 1 CC ne réserve pas le recours de l'art. 420 CC, ni que cette disposition n'institue expressément de recours que contre les mesures prises en matière d'administration tutélaire. Du moment que l'existence même d'une autorité de surveillance postule que les intéressés puissent critiquer devant elle les décisions prises par l'autorité tutélaire, peu importe qu'il s'agisse de celui même de l'art. 420 al. 2 CC, ou d'un recours innommé, exigé implicitement par l'art. 361 al. 2 CC, dont le recours de l'art. 420 al. 2 CC ne serait qu'un exemple — avec ceux des art. 99 al. 2 et 450 CC (239).

(237) Dans ce sens, KAUFMANN, n. 5 ad 422 CC; EGGER, n. 5 ad 422 CC. *Contra:* CURTI-FORRER, n. 3 ad 422 CC, qui nous paraît avoir tort pour les raisons expliquées au texte et parce que l'art. 422 *pr* CC exige une «décision préalable de l'autorité tutélaire» chaque fois que l'autorité de surveillance en matière de tutelle doit donner une autorisation. C'est donc selon l'art. 422 CC le droit commun des rapports entre autorité de tutelle. Les art. 287 et 288 CC n'offrent pas de motifs d'y déroger.

(238) Sur la qualité pour recourir contre les décisions de l'autorité tutélaire à l'autorité de surveillance, cf. KAUFMANN, n. 11 à 16 ad 420 CC et EGGER, n. 15 à 21 ad 420 CC.

(239) Toute décision prise par l'autorité tutélaire dans sa compétence — c'est le cas dans l'hypothèse de l'art. 287 al. 1 CC — peut faire l'objet d'un recours à l'autorité de surveillance: EGGER, n. 9 ad 420 CC; KAUFMANN, n. 27 ad 420 CC.

Chapitre III

La représentation extraordinaire du mineur (art. 306 al. 2, 392 ch. 2 et 3, 393 ch. 2 et 3 CC)

Section 1 : Le régime de la curatelle

§ 1. Curatelle de représentation et curatelle de gestion

A première vue, tout est simple. Il y a lieu de pourvoir le mineur d'un curateur de représentation au sens de l'art. 392 CC, notamment lorsque le représentant légal est empêché (art. 392 ch. 3 CC). L'empêchement peut être un empêchement de fait, telle que l'absence ou la maladie, ou de droit, notamment lorsqu'il y a collision d'intérêts, ce qui est le cas particulier d'application de l'art. 392 ch. 3 CC visé par l'art. 392 ch. 2 CC et, pour le mineur sous autorité parentale, dans certaines circonstances, par l'art. 306 al. 2 CC (240). Le texte allemand de la loi, qui, en l'occurrence, est le texte juste, précise que le représentant légal doit être empêché de représenter *(wenn der gesetzliche Vertreter an der Vertretung verhindert ist)*. Ainsi donc, il y a lieu à représentation extraordinaire du mineur lorsque le titulaire de l'autorité parentale est empêché d'exercer le droit de représentation à l'égard des tiers que règle

(240) Précisons ici pour ne pas avoir à le répéter que la représentation extraordinaire du mineur ne peut avoir trait qu'au patrimoine administré par le détenteur de l'autorité parentale, agissant comme administrateur légal. En conséquence, les considérations qui suivent ne touchent pas le patrimoine libéré de l'administration légale (art. 321 et 322 CC), ni le salaire de l'enfant (art. 323 CC), ni le fonds professionnel (art. 323 CC). Dans ce sens, Schiesser, p. 76/77. Cet auteur remarque, à juste titre, que les actes passés entre le détenteur de l'autorité parentale et le mineur, en tant qu'ils touchent le patrimoine libéré de l'administration légale, sont nécessairement passés avec le curateur qui, en application de l'art. 393 CC, gère ce patrimoine; en tant qu'ils touchent le produit du travail et le fonds professionnel, passés avec le mineur qui en application par analogie de l'art. 412 CC, ayant l'exercice des droits civils, n'a pas besoin d'être représenté.

l'art. 304 al. 1 CC (241). D'un autre côté, l'autorité tutélaire est tenue de pourvoir à la gestion des biens dont le soin n'incombe à personne et d'instituer une curatelle, en particulier lorsqu'un individu est incapable de gérer lui-même ses biens ou de choisir un mandataire (sans qu'il y ait lieu cependant de lui nommer un tuteur) ou lorsqu'il importe de sauvegarder les intérêts d'un enfant conçu (art. 393 ch. 2 et 3 CC). Le curateur est alors chargé de veiller sur les biens ou de les gérer (art. 419 al. 1 CC). Ce sont donc deux espèces différentes de curatelle.

Cette opinion n'est pas la nôtre. Aussi bien, selon nous, le pouvoir de représentation n'est pas réellement distinct du pouvoir d'administration, en tant qu'il s'agit de biens.

En effet, représenter, c'est faire naître, par ses propres actes, sur la tête d'autrui des droits ou des obligations. Cela suppose, d'une part, le pouvoir de faire l'acte lui-même, d'autre part, le pouvoir de faire naître de tels actes des droits et des obligations sur la tête d'autrui. Le premier élément est le pouvoir de disposition à proprement parler, le second étant le pouvoir de représentation au sens propre. Ces deux pouvoirs sont indissociables. En effet, dans tous les cas, on dispose des biens d'autrui par un acte qui est opposable à ce dernier. Or, la caractéristique de l'autorité parentale, c'est d'être un pouvoir de disposition sur la personne du mineur ou sur ses biens. Mais le pouvoir de représentation procède du pouvoir de disposition comme de sa cause; en effet, c'est le pouvoir d'opposer au titulaire du patrimoine les effets de l'acte passé, c'est-à-dire les droits et obligations qui en résultent. Ce qui existe sur la tête du titulaire du patrimoine, l'est en vertu même de l'acte passé par le représentant légal, et indépendamment du consentement du représenté. Ainsi donc, celui qui est privé du pouvoir de représenter, l'est également du pouvoir de disposer. Il ne peut, en effet, opposer les effets de l'acte au titulaire du patrimoine intéressé. Il ne peut pas davantage opposer son consentement décisif lui-même. Cela signifie que le représentant légal qui est empêché de représenter est forcément aussi empêché de gérer.

On peut en conséquence se demander s'il y a, entre les deux espèces de curatelle, une opposition véritable. En effet, le curateur des art. 392 ch. 2 et 3 CC est un représentant légal extraordinaire du mineur, et non pas un simple substitut du représentant légal ordinaire (242). A ce titre, il doit pourvoir à toutes les nécessités du

(241) Le détenteur de l'autorité parentale est un représentant légal au sens de l'art. 392 ch. 2 CC (cf. ZBGR 16 n° 43 p. 92 = RO 38 II n° 69 p. 444). Dans le même sens: juge unique de Zurich in ZBGR 21 n° 38 p. 121.

(242) Avec EGGER (n. 25 ad 392 CC), LECOULTRE estime que le curateur des ch. 2 et 3 de l'art. 392 CC remplace le représentant légal, mais ne le représente pas,

mineur, dans la mesure où le représentant légal est, en fait ou en droit, empêché. C'est donc l'étendue de l'empêchement qui, en principe, définit les limites de la mission du curateur (243).

Or, suivant la nature de cet empêchement, l'étendue du domaine d'activité du curateur peut être également différente. Ainsi, en cas de collision d'intérêts, qui n'est qu'un cas particulier de la prohibition de la double représentation. Lorsque le représentant légal ordinaire ne peut passer une convention déterminée avec le mineur, la mission du curateur est définie, dans une mesure plus ou moins précise, par la nature de l'acte à passer et aussi par son degré d'achèvement. On pourrait imaginer que la curatelle soit instituée, par exemple, au moment où la décision est prise de transférer un bien du mineur. En ce cas, la mission du curateur, matériellement, est de conduire les pourparlers et de conclure l'affaire. Il se peut aussi que la curatelle ne soit instituée que lorsque l'acte est tout préparé et qu'ainsi, le curateur doive se borner à examiner cet acte et, si l'intérêt du mineur l'exige, à consentir en son nom.

Il est pourtant d'autres cas d'empêchements juridiques, où la limitation matérielle de la mission du curateur est infiniment moins précise. Soit par exemple un titulaire de l'autorité parentale provisoirement interdit en application de l'art. 386 al. 2 CC. Il n'y a pas lieu de nommer un tuteur aux enfants, puisque seule l'interdiction définitive emporte déchéance de l'autorité parentale. En revanche, l'analogie des causes entraîne celle des effets: si donc l'on nomme un représentant légal extraordinaire aux enfants dont le représentant légal ordinaire est interdit, il y a lieu d'en nommer un lorsque l'interdiction est provisoire, celle-ci ayant les mêmes effets que

n'est pas son substitut, est en revanche un véritable représentant légal extraordinaire agissant en toute indépendance. Il est vrai que selon KAUFMANN (n. 46 ad 392 CC), le curateur représente le représentant et indirectement le représenté. A juste titre, selon nous, LECOULTRE rétorque que cette opinion ne paraît pas acceptable lorsqu'il y a opposition d'intérêts, puisque le curateur doit dans ce cas agir librement, éventuellement adopter une attitude opposée à celle du représentant légal et prendre des décisions contraires à sa volonté; en cette hypothèse, il ne saurait lui demander des instructions comme s'il était son mandataire. Cette opinion, ajoute LECOULTRE, serait déjà plus facilement soutenable lorsqu'il s'agit d'empêchement du représentant légal, mais même dans ce cas, dit-il, nous ne pouvons pas nous y rallier car, à notre avis, le curateur nommé par l'autorité tutélaire ne peut dépendre que de celle-ci et non de la personne qu'il est chargé de remplacer. C'est la raison même.

(243) A proprement parler, l'empêchement s'étend à l'opération même que ne peut faire le détenteur de l'autorité parentale parce qu'elle constitue le motif même de son empêchement et, par connexité, à ce que cette opération implique nécessairement et habituellement. Voir un cas précis à la n. 260 et à la n. 255.

Sur la liberté dont doit jouir le curateur, cf. l'opinion de LECOULTRE, n. 242.

l'interdiction définitive. C'est donc un cas de curatelle (244). Le curateur nommé au mineur en pareil cas n'a ainsi pas seulement à gérer une affaire particulière et déterminée, mais bien une série d'affaires, selon les occasions qui pourraient se présenter. On peut, en effet, imaginer qu'il se passe des années jusqu'à droit connu sur l'interdiction définitive du titulaire de l'autorité parentale. En pareille occurrence, le curateur représentant est tenu de pourvoir aux nécessités du patrimoine du mineur et, dans cette situation de droit, il est seul appelé à le faire. Cette situation le transforme en un véritable curateur gérant, investi de pouvoirs identiques à ceux d'un curateur au sens de l'art. 393 ch. 2 CC. Il est donc des transitions insensibles, amenées par les faits, qui modifient le caractère apparemment bien marqué d'une espèce de curatelle, pour lui donner bientôt celui de l'autre espèce.

Autre considération. Lorsque le représentant légal est empêché, il n'y a plus d'administration légale: dans ce cas, il n'importe pas qu'il y ait un représentant légal ordinaire ou non. L'absence d'administration dans un cas comme dans l'autre a les mêmes effets et appelle les mêmes remèdes. Or, il est des empêchements qui placent le mineur exactement dans la même situation, du moins pour le domaine qui nous concerne, que s'il n'y avait aucun représentant légal, à commencer justement par la déchéance provisoire de la puissance paternelle ou par l'interdiction provisoire (art. 386 al. 2 CC) du détenteur de l'autorité parentale. Et *quid* en fait d'empêchement du parent qu'un accident d'automobile placerait pour des semaines, voire des mois, dans le coma?

Notre conclusion est que, en tant qu'elle regarde un mineur, la curatelle dite de représentation est en réalité une curatelle de gestion, soit que l'on raisonne en admettant que le pouvoir de représentation implique nécessairement le pouvoir de gestion correspondant, dès lors que la mission de faire un acte au nom de quelqu'un implique nécessairement les pouvoirs nécessaires pour mener celui-ci à son achèvement, soit que l'on raisonne en partant de la gestion, qui suppose la faculté d'agir au nom de celui dont on gère les biens, à l'égard des tiers (245).

(244) Lecoultre (RDT 1964 p. 16 ch. IV), relève que les parents contre lesquels une procédure en déchéance de l'autorité parentale est engagée ne peuvent plus représenter leurs enfants; il en conclut qu'il y a lieu de désigner un curateur en application de l'art. 392 ch. 3 CC. C'est un cas analogue à celui que nous évoquons ici.

(245) A l'appui de cette opinion, nous nous référons au passage de Schiesser (p. 7), qui relève la priorité de l'administration sur la représentation, de telle sorte que la représentation, comme pure faculté, est une institution juridique dont la justification et le contenu se trouvent dans le cas de la représentation légale dans l'administration légale. Cette opinion, exprimée à propos du pouvoir de représentation des

§ 2. Curatelle et autorité parentale

Un point nous paraît essentiel à souligner: ce n'est pas l'institution de la curatelle qui emporte, pour le titulaire de l'autorité parentale, déchéance du pouvoir de représentation (246). Il y a des distinctions à faire, et d'abord entre l'aptitude à exercer ce pouvoir et son exercice lui-même. L'exercice peut être retiré, soit pour ce qui concerne un acte déterminé, c'est le cas de la double représentation, soit pour une durée même indéfinie: c'est par exemple le cas de l'interdiction provisoire. Mais l'aptitude demeure lorsque l'exercice seul est retiré. Elle ne disparaît que dans le cas de déchéance (247). Il faut distinguer ensuite entre la privation de l'exercice et sa

parents, vaut aussi bien pour celui du curateur. Cf. aussi cet auteur, p. 145/146, qui paraît de notre avis. En outre, on lira avec profit l'arrêt Péclat (TF, 2e Cour civile, 7 octobre 1932, RO 58 II nº 64 cons. 4 p. 393 à 396). Cet arrêt porte pour l'essentiel précisément sur la question de savoir si le curateur de l'art. 392 ch. 1 CC a les pouvoirs d'un tuteur, soit qu'il le remplace alors que le tuteur n'est pas encore nommé, soit qu'il le supplée alors qu'il existe déjà. A cet égard, citons l'arrêt: «S'il est exact... que l'art. 407 CC de même que l'art. 367 al. 1 CC confèrent expressément au tuteur le pouvoir de représenter son pupille, il ne s'ensuit pas que le curateur ne puisse pas, le cas échéant, également représenter la personne dans l'intérêt de laquelle la curatelle a été instituée. Le pouvoir de représentation n'est pas un attribut distinctif du tuteur et si ni l'art. 397 al. 2 CC ni les art. 417 et ss n'y font allusion, la raison en est tout simplement que, à la différence du tuteur, les attributions du curateur varient selon l'objet en vue duquel la curatelle est instituée et que, partant, son pouvoir de représentation dépend essentiellement de l'objet et de l'étendue de sa mission... Suivant la nature de sa mission et dans les limites de son mandat, le curateur peut, aussi bien que le tuteur, avoir le droit de représenter la personne dans l'intérêt de laquelle la curatelle a été instituée. Tout (dépend) par conséquent... du but et de l'étendue du mandat du curateur.» Nous ne disons pas autre chose.

(246) *Contra* Schiesser (p. 93), dans le cas de l'art. 392 ch. 2 CC. Cf. la n. 247.

(247) Dans ce sens, Hegnauer (n. 58 ad 273 CC et n. 27 ad 274 CC). Schiesser également (p. 90/91), relève que l'exercice de la représentation légale est retiré au détenteur de l'autorité parentale, de telle manière que s'il passe l'acte néanmoins, il se trouve dans la situation d'un représentant sans pouvoirs. En revanche, il raisonne tout différemment (p. 92), dans le cas de l'art. 392 ch. 2 CC en ce sens que pour lui le détenteur de l'autorité parentale ne perd pas la représentation légale et, en passant l'acte, fait un abus de son pouvoir de représentation. Pour cet auteur, les cas d'opposition d'intérêts sont si divers et dépendent si largement de l'appréciation que l'on ne saurait sanctionner par la nullité pour cause d'absence de pouvoir du représentant légal les contraventions à l'art. 392 ch. 2 CC. L'art. 392 ch. 2 CC doit dès lors être considéré comme une pure prescription d'ordre (p. 92/93). Cette position est pour nous erronée. Si, de l'aveu même de Schiesser (p. 78 et 84), l'opposition d'intérêts est réductible à un type, qui peut se résumer en toute situation où l'avantage du mineur ne peut naître ou s'effectuer qu'en corrélation avec le désavantage du détenteur de l'autorité parentale et *vice versa*, la situation présente des caractères qui manifestent suffisamment l'opposition d'intérêts pour que la suspension du pouvoir de représentation légale soit objectivement constatable. En outre, dès lors que l'art. 306 CC est un cas d'application de l'art. 392 ch. 2 CC, et contient un

cause, qui est une décision de l'autorité ou l'effet de la loi. C'est la conséquence de cette disposition, la vacance de la fonction, qui appelle l'institution d'un régime d'administration et de représentation légales et la nomination d'un curateur. En aucun cas, ces deux éléments ne sont eux-mêmes la cause de la privation. Ou alors, on tourne en rond : la curatelle est la cause de la vacance, qui appelle à son tour l'institution de la curatelle.

Tant que l'aptitude à représenter demeure et que l'exercice n'est pas retiré, le titulaire de l'autorité parentale reste l'administrateur et le représentant légal. En dehors de l'acte où il y a double représentation, par exemple, il est évident que le mineur est représenté par le titulaire de cette autorité. Ainsi donc, selon le cas, l'institution de la curatelle peut conduire à un régime de double représentation, alternative, mais non pas cumulative. Il en résulte que le mineur est tenu par les actes passés en son nom par les deux représentants légaux, l'ordinaire et l'extraordinaire, chacun dans les limites de ses compétences et sans que l'un des représentants puisse révoquer les actes de l'autre. Il serait donc faux de dire que chacun des représentants est lié par les actes de l'autre, car ce n'est pas le représentant qui est lié, mais le mineur ; et d'autre part, le partage de compétence ne résulte pas de l'institution de la curatelle et du mandat conféré au représentant légal extraordinaire, mais de la nature de la cause qui limite l'exercice du pouvoir de représentation par le titulaire de l'autorité parentale.

Que se passe-t-il dans le cas où l'exercice des pouvoirs impliqués par l'autorité parentale est retiré aux parents ? Qui est habilité à les exercer à leur place ?

Selon nous, c'est l'autorité tutélaire, tant que le mineur n'est pas placé sous tutelle (248). En effet, en tant qu'il s'agit de droits impliqués par l'autorité parentale, il s'agit de droits qui ne sont pas

exemple d'opposition d'intérêts au sens de cette disposition, on voit mal pour quelle raison fondée, la position du représentant légal serait différente dans les deux cas. En l'absence de tout motif sérieux d'un traitement différent, il convient d'admettre que dans un cas comme dans l'autre par la naissance même de la situation, les pouvoirs du représentant légal sont suspendus.

(248) LECOULTRE (in RDT 1964 p. 16 ch. VI), répond négativement à la question de savoir si l'autorité tutélaire peut agir seule sans nommer de curateur, s'il s'agit d'un acte juridique dans lequel le mineur ou l'interdit doit être légalement représenté, mais positivement dans les autres cas, s'il y a urgence ou si, vu la simplicité du cas, l'institution d'une curatelle est une complication inutile (cf. EGGER, n. 14 ad 392 CC). LECOULTRE donne cet excellent exemple de la renonciation pour le compte d'un mineur à l'exercice de son droit légal de préemption en matière agricole (art. 6 LPR), si ledit mineur n'a pas de fortune ou s'il ne se décide pas à l'agriculture. En revanche, LECOULTRE ajoute que si l'affaire paraît délicate, la nomination d'un curateur s'impose. Cette solution est excellente.

transmissibles à un tiers, mais qui ne peuvent que cesser dans la personne de ceux qui les exercent, pour être exercés, en vertu de la loi, par l'autorité désignée par le Code civil, l'autorité tutélaire (249). De même, ces pouvoirs naissent sur la tête du tuteur en vertu de la loi et moyennant la décision de l'autorité tutélaire. En aucun cas, il n'y a transfert de pouvoirs.

Le même raisonnement s'applique au curateur. Le pouvoir d'administration et de représentation naît en sa personne moyennant la décision de l'autorité appliquant la loi et ne lui est nullement transféré des parents (250). Cela explique pourquoi, alors que le titulaire de l'autorité parentale, passant un acte au nom du mineur en vertu de son pouvoir de représentation légale, prend un auxiliaire pour la passation et est habile à lui donner les directions nécessaires (art. 396 al. 1 CO), le pouvoir de représentation et le pouvoir de donner des directions sont scindés, le premier appartenant au curateur et l'autre à l'autorité tutélaire. La faculté de donner les directions est un aspect de l'autonomie qui est la marque du titulaire de l'autorité parentale exerçant les pouvoirs de celle-ci. Lorsque ceux-ci prennent fin en la personne des père ou mère, ils appartiennent, en vertu de la loi, à l'autorité tutélaire, elle-même autonome et ainsi investie, dans les limites de la loi, du pouvoir de donner les directions nécessaires. Ils appartiennent, mais sans autonomie, au curateur, qui est, partant, lié par les directions de l'autorité tutélaire et qui, dans ses rapports avec celle-ci, se trouve dans la même situation que l'auxiliaire mandataire du titulaire de la puissance paternelle. Aussi bien, si par suite d'un empêchement de fait ou de droit, les père et mère ne peuvent exercer, là où s'étendent les effets de cet empêchement, les droits qui relèvent de leur qualité d'administrateurs légaux, la société familiale n'est plus en mesure d'obéir à sa fonction d'assurer la prospérité du mineur. C'est alors qu'elle doit être suppléée par l'autorité politique, c'est-à-dire pour le cas qui nous occupe par l'autorité tutélaire. Celle-ci intervient au titre du bien commun. Il ne peut donc s'agir d'un transfert à cette dernière des droits des père et mère. Ceux-ci sont suspendus, non éteints, pendant que la relation de pouvoir de l'autorité tutélaire prend naissance sur la personne et les biens du mineur, dans l'exacte mesure où la suppléance est nécessaire. Et dans son activité, l'autorité tutélaire s'adjoint un auxiliaire légal en la personne du curateur.

(249) C'est pourquoi, ainsi que le remarque HEGNAUER (n. 5 ad 282 CC), le curateur représente l'enfant à l'exclusion des père et mère.

(250) Pour ce qui concerne la représentation, ainsi que le dit justement SCHIESSER (p. 86/87), le curateur représente directement le mineur et non pas le titulaire de l'autorité parentale.

§ 3. Le curateur et l'autorité de tutelle

Nous sommes dans une situation où les père et mère n'ont pas l'exercice de l'administration légale, et ce à titre provisoire. Ce caractère provisoire ne se définit pas autrement que par l'absence de déchéance de l'autorité parentale, seule à emporter la perte, non seulement de l'exercice, mais aussi de la titularité de l'administration légale. Autrement dit, la cause qui empêche l'exercice du pouvoir d'administration ne revient pas à une cause de déchéance. Dans toute cette mesure, l'empêchement est provisoire et justifie l'institution de la curatelle. C'est dire que l'on peut, dans cette limite, envisager l'empêchement de procéder à une opération ou à une série d'opérations déterminées, mais aussi bien l'empêchement de procéder, non à des opérations déterminées, mais à toutes celles qui pourraient se révéler nécessaires pendant une période limitable d'avance ou non.

Dans la première hypothèse, on est dans le cas de la curatelle de «représentation» proprement dite, celle des art. 392 ch. 3 et 392 ch. 2 CC. L'exemple classique est celui de l'acte passé entre les père et mère et le mineur. Ici, l'art. 418 CC est applicable (251). Le curateur, investi d'un mandat spécial, celui de passer au nom du mineur l'affaire ou la série d'affaires dont la nécessité a motivé sa nomination, l'exécute conformément aux instructions de l'autorité tutélaire. Cet article montre bien que le pouvoir de disposition appartient à l'autorité tutélaire, pour les raisons que nous venons de voir, et que le pouvoir de représentation a été délégué au curateur, qui le tient de l'autorité.

Mais, dans la seconde hypothèse? A première vue, la réponse est simple, puisque selon l'art. 419 CC, le curateur chargé de veiller sur les biens ou de les gérer ne procède qu'aux actes administratifs et conservatoires qui sont nécessaires. Il ne prend d'autres mesures que du consentement spécial de la personne représentée ou, si elle est incapable de le donner, que du consentement de l'autorité tutélaire. Mais, l'art. 419 al. 2 CC est inapplicable. Cet article, en effet, est le corrélatif de l'art. 417 al. 1 CC dont le sens vrai n'est pas que les personnes dans l'intérêt desquelles une curatelle a été instituée conservent l'exercice des droits civils, interprétation qui ne peut concerner que des majeurs, mais plutôt, que l'institution de la curatelle ne change rien à la capacité civile de ceux qui y sont soumis. Cela étant, l'art. 419 al. 2 CC doit s'interpréter en ce sens que le consentement qui autorise le curateur est celui d'une personne dont la manifestation de volonté constitue un acte juridique à elle seule,

(251) Dans ce sens, Schiesser, p. 88, et Hegnauer, n. 52 ad 282 CC.

sans le concours d'un tiers ou d'une autorité appelée à le ratifier pour compléter ce qui lui manque afin d'être un acte générateur de droits et d'obligations. Dès lors, l'absence de consentement prévue à l'art. 419 al. 2 CC, c'est l'absence de ce consentement-là, et non pas l'absence d'un consentement de soi inefficace, comme l'est celui du mineur (art. 305 al. 1 CC). Ainsi, l'autorité tutélaire n'est habile à intervenir que lorsque manque le consentement de la personne capable d'acquérir et de s'obliger par ses actes. Son intervention, lorsque le consentement n'est pas juridiquement efficace, est ainsi régie par d'autres principes.

Reprenons les termes de l'hypothèse. L'administration des père et mère n'est pas possible, dans tout le domaine délimité par la nature de l'empêchement. Selon l'occurrence, celui-ci s'étend à tout l'empire de l'administration des père et mère. Il ne serait pas suffisant de dire que l'empêchement que considère l'art. 392 CC vise l'empêchement d'administrer lié à l'empêchement de représenter; et que, par conséquent, l'empêchement ne peut viser, dans cet article, que l'administration en tant qu'elle se traduit par la nécessité de traiter avec des tiers, mais non pas l'administration en tant qu'il s'agit purement et simplement d'un pouvoir de disposition opposable au mineur. Nous avons montré qu'il s'agit du même pouvoir. D'un autre côté, on voit mal, en pratique, un acte d'administration qui n'emporterait pas tractation avec les tiers (252). Enfin, l'empêchement peut, en fait, s'étendre même aux actes d'administration qui ne traduiraient que le pouvoir de disposition. Or, il y a nécessité égale à suppléer les père et mère administrateurs en ce domaine, dans l'intérêt du mineur. Au surplus, ce qui motive l'intervention de l'autorité de tutelle, c'est la carence des administrateurs légaux et cette intervention s'étend aussi loin que la vacance.

Le mineur n'a pas qualité pour administrer. Nous ne disons pas qu'il ne puisse agir par lui-même lorsqu'il est capable de discernement. Mais ses actes ne sont valables et ne produisent sur sa tête des droits et des obligations que moyennant la ratification du représentant légal (et on ne pourrait même pas dire qu'il peut acquérir à titre purement gratuit au sens de l'art. 19 al. 2 CC, car c'est toujours sous la réserve de l'approbation du représentant légal, art. 241 al. 2 CO).

Il faut donc bien un représentant légal suppléant qui exerce, en matière d'administration, les droits des père et mère. Précisons: les père et mère, encore qu'ils soient empêchés d'exercer leurs droits

(252) C'est pourquoi le curateur, selon HEGNAUER (n. 54 ad 282 CC), est celui-là même qui conclut l'affaire.

d'administrateurs, demeurent néanmoins titulaires de ceux-ci, car ils ne sont pas déchus de l'autorité parentale. Si bien qu'on est en présence du concours de celle-ci, fonction familiale, dont l'exercice est dans ce cas suspendu et de la curatelle, fonction tutélaire, exercée en fait dans la mesure où l'exercice de l'autre fonction est suspendu. Il s'agit, et cela résulte de ce qui précède, des pouvoirs matériels des père et mère, exercés par suite de leurs vacances, dans toute l'étendue où le besoin s'en fait sentir.

Tranchons le mot: le curateur a, dans pareille hypothèse, au titre de la gestion de biens (cf. art. 393 ch. 2 CC), les pouvoirs matériels d'un tuteur (253), sans néanmoins qu'il y ait lieu d'instituer une tutelle, en l'absence d'une cause de déchéance de l'autorité parentale. C'est très exactement l'un des cas où l'art. 393 ch. 2 CC est applicable (254).

Dans cette optique, le curateur représente le mineur comme dans tous les cas d'empêchement juridique ou de fait du titulaire de l'autorité parentale, il administre (255). Administrant le patrimoine d'autrui, il doit agir dans l'intérêt du mineur. Ce que nous avons

(253) *Contra:* Conseil d'Etat du canton de Soleure, in RDT 1963 n° 29 p. 139/140, qui se fonde sur la mission particulière du curateur, opposée à la mission universelle du tuteur. Cependant, la même autorité réserve le cas du curateur de l'art. 309 al. 1 CC, qui est assimilable à un tuteur. Dans notre cas, nous remarquons que le Tribunal fédéral (TF, 2e Cour civile; 24 juin 1953, GERBER, RO 79 I n° 35 cons. 1 p. 185/187), a relevé que les pouvoirs d'un curateur (ici nommé en application de l'art. 386 CC à titre provisoire), pouvaient être ceux d'un curateur, avec les mêmes effets notamment quant à la représentation.

(254) HEGNAUER (n. 53 et 57 ad 282 CC), relève que la curatelle peut être instituée pour un groupe d'affaires déterminé et déterminable, mais non pour une durée indéterminée, auquel cas selon lui il faut désigner un curateur «surveillant» en application de l'art. 297 al. 2 CC ancien.

(255) Il administre parce qu'il est appelé à faire au nom du mineur l'acte qui motive l'empêchement du détenteur de l'autorité parentale et en outre les actes connexes. C'est ainsi à juste titre selon nous que le Conseil d'Etat du canton de Berne (RDT 1956 n° 17 p. 70) a admis que la mission d'un curateur commise au partage d'une succession notamment entre une veuve et son enfant mineur s'étendait, par implication, à la vente à un tiers d'un immeuble dépendant de cette succession. Le motif de l'opposition d'intérêts était évidemment le partage proprement dit; c'est par extension et vu le lien suffisamment fort entre l'aliénation (comme opération préliminaire, en l'espèce nécessaire, parce que l'immeuble, agricole, ne pouvait être partagé selon les art. 620 CC ss et qu'aucun des cohéritiers ne pouvant reprendre à la valeur vénale, ne pouvait être que vendu) et le partage du prix, le curateur a aussi fonctionné comme tel (y compris le concours de l'autorité tutélaire), pour représenter le mineur ou au cours de l'aliénation. Pour prendre un exemple, lorsqu'il s'agit d'exercer au nom du mineur et par suppléance du détenteur de l'autorité parentale le droit de préemption que lui ouvre l'art. 6 LPR, le curateur doit examiner: 1° si le mineur a les moyens d'exercer ce droit; 2° s'il y a intérêt (Appenzell-Rhodes-Extérieures, in ZBGR 33 p. 341 ch. 3). Il n'est pourtant qu'un curateur «de représentation».

dit tantôt de l'application analogique à la gestion du titulaire de l'autorité parentale, des règles applicables à la gestion du tuteur pouvait aisément faire prévoir pareille conséquence. On est ainsi, en définitive, dans un cas où l'appréciation d'ensemble du curateur est légalement substituée à celle du titulaire de l'autorité parentale. Dans tous les cas, son pouvoir d'examen, d'appréciation et d'approbation est absolument identique, à l'autonomie près, au pouvoir des parents (256). C'est dire que son rôle n'est pas borné à la ratification, pure et simple et sans plus ample possibilité d'intervention, d'un acte constitué par l'échange d'une offre et d'une acceptation préalablement fait par le tiers contractant et le représentant légal ordinaire. Au contraire, le curateur peut, guidé par l'intérêt de l'enfant, conduire entièrement les pourparlers; aussi bien est-ce son accord qui est déterminant pour la conclusion du contrat (257). On ne saurait dès lors envisager le consentement du titulaire de l'autorité parentale comme un consentement imparfait, apte à conclure le contrat moyennant qu'il soit complété par l'ultérieur consentement du curateur: son consentement au contraire n'a aucune espèce de valeur juridique, seul entre en considération celui du curateur. L'acte n'est donc pas même imparfait si les pourparlers ont été conduits par le titulaire de l'autorité parentale, il n'est rien. Même les offres du tiers contractant ne lient pas celui-ci, puisqu'elles ont été adressées à un représentant légal suspendu de

(256) Ainsi, pour LECOULTRE (RDT 1964 p. 9 B/1), en cas de succession, le curateur désigné pour partager avec le détenteur de l'autorité parentale au nom du mineur doit d'abord se demander si le partage est opportun et si un immeuble dont la valeur dépasse sa part est attribué au conjoint survivant ou à un enfant majeur, la soulte revenant aux enfants mineurs est garantie par une hypothèque légale et il appartient au curateur d'en requérir l'inscription au registre foncier. S'il y a un testament, le curateur examinera s'il est valable et s'il respecte les dispositions concernant la réserve. On constate que le curateur qui supplée le titulaire de l'autorité parentale n'agit pas autrement que lui. Ce même auteur (RDT 1964 p. 11 ch. 3), a relevé, parlant du curateur chargé de représenter l'enfant dans une action en désaveu, qu'il doit agir en toute indépendance, s'opposer, s'en remettre à la justice, passer une convention au vu des faits établis. Cette attitude est celle d'un suppléant du titulaire de l'autorité parentale.

(257) Dans ce sens, CURTI-FORRER (n. 10 ad 282 CC). Nous ne pouvons être d'accord avec la Direction de justice du Département fédéral de justice et police (SJZ 32/1953/36 p. 47 n° 10), lorsqu'elle dit que les père et mère peuvent passer un contrat d'assurance-vie avec une clause bénéficiaire irrévocable en leur faveur et se borner à requérir l'approbation de l'autorité tutélaire. Cela est impossible. Quant à passer l'acte, leur pouvoir de gestion et de représentation est suspendu. Il faut donc un gérant et un représentant extraordinaire pour remédier à la vacance légale des père et mère, qui est tout justement le curateur. Cela dit, dans les cas d'urgence (cf. l'art. 386 al. 1 CC), l'autorité tutélaire peut sans doute, exceptionnellement, gérer l'affaire du mineur et le représenter.

plein droit en vertu de la loi, et de même les offres faites au nom du mineur par le représentant légal suspendu en vertu de la loi ne lient pas le mineur. Il faut néanmoins dire que c'est de l'offre et de l'acceptation liant les parties que l'on parle ici. Le curateur procède donc bien à un acte d'administration et consent de son chef, sans pourtant procéder à l'acte de sa propre initiative.

L'approbation des autorités de tutelle, quant à elles, est une ratification (258). Là, en effet, il s'agit de compléter un consentement, celui du curateur, générateur de droits et d'obligations, et, à ce point de vue, pourvu d'effets virtuels, qui deviendront actuels moyennant, précisément, le consentement complémentaire de l'autorité tutélaire. Celle-ci s'inspire également, il va sans dire, de l'intérêt du mineur (259).

Il en résulte que le curateur dépend de l'autorité tutélaire à l'instar d'un tuteur: les art. 398 à 416, 420 à 425 CC lui sont applicables autant que les circonstances l'exigent (260). Et cela est

(258) L'autorisation est nécessaire à la validité de l'acte, par conséquent, ainsi que le remarque à juste titre SPITZER, RDT 1955 p. 7. Cet auteur ajoute que sans cette ratification l'acte est juridiquement nul, d'autant moins que le contrat avec soi-même passé par le détenteur de l'autorité parentale n'est pas licite. Cf. aussi la n. 260.

(259) Pour SCHIESSER (RDT 1946 p. 91) — qui a raison — l'approbation de l'opération qui tombe sous le coup de l'art. 306 al. 2 CC, suppose que celle-ci est dans l'intérêt du mineur, ce qu'apprécient le curateur et l'autorité.

Il ajoute justement dans sa thèse (p. 93) que les organes de tutelle agiront dans l'intérêt de l'enfant, mais celui-ci étant sauf, prend donc en équitable considération l'intérêt de la famille, qui s'impose également à l'enfant en application de l'art. 272 CC.

(260) Dans ce sens: Cour d'appel du Tessin, in SJZ 29/1932/33, p. 296 n° 13: application de l'art. 404 CC à la curatelle extraordinaire de l'art. 392 ch. 2 CC lorsqu'il s'agit de vendre l'immeuble qui dépend d'une succession à laquelle un mineur est intéressé.

Selon LECOULTRE (RDT 1964 p. 16 ch. V) les règles de la tutelle s'appliquant par analogie à la curatelle, le curateur nommé en vertu de l'art. 392 CC devra requérir l'approbation de l'autorité tutélaire dans les cas mentionnés à l'art. 421 CC et celle de l'autorité de surveillance dans ceux qui sont mentionnés à l'art. 422 CC (et aussi dans le cas de l'art. 404 al. 3 CC).

Dans notre sens, SCHIESSER (p. 88/89), au motif que les instructions visées à l'art. 418 CC impliquent une délégation de pouvoir correspondante, laquelle n'est valable que dans les limites de la compétence d'attribution de l'autorité tutélaire, dès lors, qu'à teneur de l'art. 422 CC, l'autorité de surveillance doit également approuver et quelque fois donner des instructions, l'art. 422 CC est ainsi applicable au curateur dans l'hypothèse visée. SCHIESSER ne fait d'exception que pour les actes juridiques visés à l'art. 282 ancien CC, au motif que, norme spéciale, cette disposition l'emporte sur l'art. 422 CC.

Dans notre sens également, CURTI-FORRER qui relève que l'autorité chargée d'approuver peut être l'autorité de première instance, à moins qu'il ne s'agisse des affaires énumérées à l'art. 422 CC (n. 11 ad 282 CC).

Cf. aussi un cas réglé par le Conseil d'Etat du canton de Berne (RDT 1956 n° 17 p. 70). Un curateur (art. 392 ch. 2 CC), est désigné à un mineur, propriétaire

parfaitement conforme à la loi, car les règles qui concernent le tuteur s'appliquent au curateur, sous réserve des dispositions particulières de la loi (art. 367 al. 3 CC). Or, nous venons de voir que l'art. 419 CC, seule dérogation à envisager en cas d'empêchement provisoire total des père et mère, n'est pas applicable.

En outre, la ratification de l'autorité de tutelle est fondée par la nécessité d'apporter à la déclaration de volonté du représentant légal extraordinaire ce qui lui manque pour être un acte juridique générateur de droits et d'obligations. A cet égard, l'intervention de l'autorité tutélaire est nécessaire et suffisante dans la mesure où son autorisation est suffisante en vertu du Code civil, notamment des art. 404, 421 et 422 CC. Mais, tout comme le consentement du curateur, son autorisation est incomplète dans la mesure où il relève, en vertu des art. 404 ou 422 CC de l'autorité de surveillance

indivis avec sa mère d'un petit immeuble agricole, pour procéder au partage. Pour finir, la mère et les cohéritiers choisissent de vendre l'immeuble à un tiers. L'autorité tutélaire, sur le rapport du curateur, refuse d'approuver l'opération. Le Conseil d'Etat lui a donné raison, sur recours de la mère. Le Conseil d'Etat ne s'est posé aucune question sur la compétence de l'autorité tutélaire pour approuver l'opération et semble avoir trouvé cela parfaitement normal. Il paraît entendu au demeurant que l'autorité tutélaire a pratiqué l'art. 404 CC vu notamment l'art. 392 CC, car si elle n'avait fait qu'ordonner de prendre parti au curateur, seul compétent pour décider de la question au nom de l'enfant, c'est l'action en partage que la mère aurait dû introduire. Personne ne l'a renvoyée à mieux agir de cette façon. Cela dit, cet arrêt pose une autre question cf. n. 243.

De notre avis semble être la Direction de la justice du canton de Zurich (in RDT 1970 n° 5 cons. 3 p. 26), selon qui le curateur de l'art. 392 ch. 2 CC préavise, en cas de répudiation d'une succession échéant à un mineur, à l'intention de l'autorité tutélaire et de l'autorité de surveillance.

On peut enfin invoquer dans ce sens l'arrêt PÉCLAT (TF, 2e Cour civile, 7 octobre 1932, RO 58 II n° 64 cons. 4 p. 395/396). Dans cette espèce, le Tribunal fédéral a admis que l'art. 421 CC, à tout le moins, était applicable dans une espèce où le curateur avait les fonctions, à raison de sa mission, d'un tuteur.

Cf. aussi l'arrêt GERBER (TF, 2e Cour civile, 24 juin 1953, RO 79 I n° 35 cons. 2 p. 187), où le Tribunal fédéral a relevé que l'inscription d'un héritier pourvu d'un curateur au registre foncier comme propriétaire d'un immeuble dépendant de la succession exigeait l'autorisation des autorités tutélaires conformément aux art. 421 ch. 9 et 422 ch. 5 CC. Certes, il ne s'agissait pas d'un mineur, mais le problème n'est pas différent, puisqu'ici le curateur représentait provisoirement quelqu'un qui aurait eu besoin d'un tuteur.

Dans notre sens, et à propos de l'approbation de l'autorité de surveillance à la répudiation d'une succession en application de l'art. 422 ch. 5 CC, HEGNAUER (n. 23 ad 282 CC. Cf. aussi n. 83 ad 282 CC).

L'approbation de l'autorité tutélaire peut être donnée avant ou après la conclusion de l'affaire (HEGNAUER, n. 59 ad 282 CC). Mais dans ce cas l'approbation préalable doit être manifestée comme telle et se distinguer de simples instructions.

de le compléter (261). En effet, quant à la capacité de consentir, l'enfant soumis à l'autorité parentale est dans la même situation que le mineur sous tutelle (art. 305 al. 1 CC). Dès lors, puisqu'on est en dehors du cas de l'art. 304 al. 1, cas dans lequel le concours de l'autorité de tutelle n'est pas requis, il suit que le curateur a les mêmes pouvoirs que le tuteur (art. 407 CC) (262), c'est-à-dire sous réserve du concours de l'autorité de tutelle. Mais ce concours est précisément réglé par les art. 404, 421 et 422 CC (263).

(261) SCHIESSER (p. 86/89), fait un raisonnement analogue. Il dit justement qu'en application des art. 421 et 422 CC l'approbation de l'autorité tutélaire peut avoir lieu avant ou après la passation de l'acte par le curateur (p. 89). Il raisonne à partir de l'art. 418 CC, qui selon lui serait entièrement inutile si l'art. 282 CC ancien permettait à l'autorité de tutelle de donner une approbation préalable moyennant certaines conditions. Il oublie que l'art. 418 CC n'a de sens et de portée que par contraste avec l'art. 419 CC et détermine en dernier lieu de qui le curateur doit prendre ses instructions. C'est cependant à juste titre qu'il (p. 90) relève qu'il est préférable que l'approbation ait lieu après la passation de l'acte.

Mais aussi, cf. Conseil d'Etat du canton de Soleure, in RDT 1963 n° 29 p. 139/140.

(262) Direction de la justice du canton de Zurich, in RDT 1969 n° 17 cons. 5 p. 65; Conseil d'Etat du canton de Lucerne, in RDT 1970 n° 26 cons. 3 p. 107/108.

Parlant de la «nature très spéciale» de la curatelle de l'art. 307 CC, LECOULTRE (RDT 1964 p. 2) approuve l'opinion de la Direction de la justice du canton de Zurich, selon laquelle en définitive les pouvoirs du curateur de l'enfant naturel ne se distinguent de ceux d'un tuteur que parce qu'ils sont limités dans le temps. LECOULTRE ajoute que «la mère n'ayant pas la puissance paternelle tant que l'autorité tutélaire ne la lui a pas conférée, le curateur agit comme un véritable représentant légal de l'enfant, du moins lorsqu'il s'agit d'un enfant suisse».

On peut aussi penser au cas où les parents sont empêchés absolument d'exercer l'autorité parentale, mais pour un délai relativement bref. Dans les circonstances de ce genre, le curateur nommé en application de l'art. 392 ch. 3 CC a le pouvoir d'un tuteur (dans ce sens, la Direction de la justice du canton de Zurich, in RDT 1969 n° 40 p. 147: dans le cas d'espèce, il s'agissait d'un enfant tibétain dont le père était demeuré aux Indes; l'enfant était placé en vue d'adoption).

(263) La Direction de la justice du canton d'Argovie (ZBGR 14 n° 8 p. 15) est d'un avis contraire et considère: 1° que l'autorité parentale et la tutelle sont des institutions absolument différentes; 2° que la position des père et mère, en particulier, est beaucoup plus libre que celle du tuteur; 3° que l'application analogique de l'art. 422 ch. 7 CC est impossible parce que cette disposition exprime la tendance de rendre plus difficiles les contrats entre tuteur et pupille, de manière à les raréfier, tendance qui n'est pas celle de l'art. 282 CC ancien. Cf. aussi, dans le même sens, EGGER, n. 1 ad 282 CC et SILBERNAGEL, n. 6 ad 282 CC outre un *obiter dictum* du Tribunal fédéral in WEISS I p. 470 n° 1182. Cependant, dans le même sens que nous, CURTI-FORRER, n. 4 ad 282 CC.

Pour le Département de la justice du canton de Bâle-Ville (ZBGR 23 p. 208 ch. 1), le curateur nommé en application de l'art. 392 ch. 2 CC pour répudier au nom du mineur une succession où le détenteur de l'autorité parentale est intéressé est seul

§ 1. L'empêchement des père et mère (art. 392 ch. 3 et 393 ch. 2 CC)

Le terme d'empêchement s'entend de l'impossiblité d'exercer le pouvoir d'administrer, indissociablement joint au pouvoir de représenter, ainsi que nous venons de le voir. Cet empêchement peut se réaliser dans les père et mère et procéder d'une cause qui leur est imputable ou qui l'est au cas fortuit, ou à la force majeure, peu importe. Ce qu'il faut souligner ici, c'est que l'empêchement ne peut s'analyser en une cause de déchéance de l'autorité parentale; si cela était, en effet, il y aurait lieu à cette mesure et à l'institution d'une tutelle. C'est dire que l'empêchement ne peut être l'une des causes visées à l'art. 311 al. 1 CC ou à l'art. 312 CC (264).

Il nous faut cependant examiner si l'empêchement peut être notamment une inaptitude à gérer non suffisamment qualifiée pour emporter la déchéance de l'autorité parentale. Pour répondre, nous allons nous aider de la comparaison de deux cas non discutés. L'un est précisément celui de l'incapacité qui, selon les conditions posées par l'art. 311 al. 1 CC, emporte la déchéance de l'autorité parentale; l'autre est l'empêchement réalisé par le cas de double représentation. Personne ne soutient — et de fait il serait absurde de soutenir — que dans la première hypothèse la réalisa-

compétent pour répudier; il n'a à requérir que le consentement de l'autorité tutélaire et non celui de l'autorité de surveillance, contrairement à l'art. 422 ch. 5 CC.

Selon Lecoultre, en revanche (RDT 1964 p. 16 ch. V), les règles de la tutelle s'appliquant par analogie à la curatelle, le curateur nommé en vertu de l'art. 392 CC devra requérir l'approbation de l'autorité tutélaire dans les cas mentionnés à l'art. 421 CC et celle de l'autorité de surveillance dans ceux qui sont mentionnés à l'art. 422 CC (et aussi dans le cas de l'art. 404 al. 3 CC).

(264) Dans une consultation publiée in RDT 1961 n° 13 p. 55, le Département des communes du canton de Lucerne avait refusé d'accepter dans son for la curatelle, établie en application de l'art. 392 ch. 3 CC, d'un enfant illégitime sur lequel sa mère, italienne, avait de plein droit l'autorité parentale en vertu de sa loi nationale, instituée parce que la mère avait fait une déclaration d'abandon en vue d'adoption. Elle relevait que l'art. 392 ch. 3 CC ne visait pas les cas de ce genre - en quoi elle avait raison. En effet, 1° nul ne pouvant disposer de l'autorité parentale dont il est chargé, la curatelle en question ne saurait viser ce cas; 2° l'abandon de fait justifie une déchéance de l'autorité parentale au sens de l'art. 311 al. 1 CC. A juste titre donc, le Département demandait que la mère fût déchue avant d'accepter une mesure quelconque dans son for. Cependant, la pratique avait introduit, dans de tels cas, l'application de l'art. 392 ch. 3 CC — la déchéance n'ayant guère de sens contre quelqu'un qui déclare renoncer à élever son enfant en vue de le faire adopter, mais restant digne de s'occuper d'autres enfants —.

tion des causes prévues par l'art. 311 al. 1 CC emporte de plein droit la déchéance de l'autorité parentale et, pour ce qui nous concerne, l'empêchement absolu d'administrer, si bien que le prononcé exprès ou implicite de déchéance de l'autorité compétente n'aurait qu'une valeur déclarative, se bornant à constater une privation déjà survenue. Au contraire, ce prononcé est constitutif et la déchéance procède de lui. La vacance — notamment — de la fonction d'administrateur légal résulte ici de la décision prise et la tutelle, qu'il est nécessaire d'instituer ici en application de l'art. 368 CC, est la suite inéluctable de ce prononcé. Dans le second cas, l'avènement du cas de double représentation suffit à lui seul à suspendre l'exercice des fonctions d'administrateur du représentant légal. Nul ne soutient encore que dans ce cas il y a lieu à une décision de l'autorité tutélaire prononçant à titre constitutif (et à plus forte raison à titre déclaratif, car elle serait ici entièrement dénuée d'objet) que l'administration légale des père et mère est suspendue dans son exercice. Il y a vacance légale des fonctions d'administrateur en ce sens que la loi elle-même la prononce de plein droit, sans intervention de l'autorité tutélaire. Celle-ci n'a rien d'autre à faire que d'en tirer la conséquence et de désigner un représentant légal extraordinaire pour suppléer les parents.

Nous sommes donc dans le cas de l'art. 392 ch. 3 CC en droit de poser le dilemme suivant: ou bien l'empêchement agit de plein droit et l'autorité tutélaire n'a pas à prononcer la suspension de l'exercice de l'administration légale et la vacance est créée indépendamment de tout prononcé de l'autorité; ou bien l'empêchement n'est que le motif de la décision de l'autorité tutélaire, décision qui est constitutive et qui crée la vacance. En prenant le second terme de l'alternative, la question se pose de savoir quelle est l'incapacité valant empêchement qui autorise l'autorité tutélaire à suspendre l'exercice de l'administration légale. Cette possibilité n'existerait que dans les limites de l'art. 325 CC. D'où nous concluons que la suspension de l'exercice de l'administration légale par les père et mère n'est possible et licite à l'autorité tutélaire que si — c'est la condition première posée par l'art. 325 CC — les père et mère ont la possibilité pratique, disons la possibilité physique, d'agir, autrement dit, lorsqu'il y a lieu de contrecarrer ou de corriger leur action possible. *A contrario*, il n'y a pas de décision à prendre en application de l'art. 325 CC lorsque l'action des père et mère est physiquement impossible. Donc, d'une part, le second terme de l'alternative ci-dessus, c'est l'application de l'art. 325 CC; d'autre part, dans ces conditions, ou bien l'art. 325 CC épuise les possibilités d'empêchements concevables, et l'art. 392 ch. 3 CC est inapplicable au mineur, ou bien, dans le cas contraire, l'art. 392 ch. 3 CC vise

les empêchements qui ne tombent pas sous le coup de l'art. 325 CC, c'est-à-dire des empêchements qui réalisent la suspension de plein droit des pouvoirs d'administration des père et mère et non par l'effet d'une décision de l'autorité tutélaire. Or, les mesures de l'art. 325 CC sont liées à la possibilité d'agir des père et mère, ainsi qu'on l'a vu. Partant, l'art. 392 ch. 3 CC vise en tout cas les situations où l'empêchement consiste dans l'impossibilité pratique d'administrer, impossibilité qui, de plein droit, suspend l'administration des père et mère et ne nécessite dès lors aucune décision de l'autorité tutélaire, mais seulement l'institution par celle-ci du régime d'administration et de représentation légales de la curatelle. Comme ces empêchements sont pratiquement concevables, l'art. 392 ch. 3 CC a bien sa raison d'être (265).

Quant à l'art. 392 ch. 2 CC, il établit, sous le nom d'opposition d'intérêts, un empêchement de droit, qui selon nous suspend l'administration des père et mère sans qu'il y ait lieu à décision constitutive de l'autorité tutélaire. Or, il s'agit bien d'un empêchement, l'action des père et mère en est prohibée, sans que ces derniers soient dans l'impossibilité pratique d'agir. Au contraire: si l'action leur est interdite, c'est que par hypothèse elle leur est possible.

Il faut donc résumer et conclure que l'empêchement visé à l'art. 392 ch. 3 CC peut être également l'impossibilité pratique des père et mère d'administrer, et cette impossibilité pratique a un caractère absolu; ou l'impossibilité morale (ou juridique) d'administrer; morale (ou juridique) en ce sens que les père et mère ont la possibilité pratique d'administrer, mais non la possibilité de droit, de telle manière que leur acte serait nul, le tout en dehors du cas d'opposition d'intérêts. Le domaine de l'art. 392 ch. 3 CC se distingue là, d'une part, de celui de l'art. 325 CC, qui vise le cas d'empêchement où se trouvent les père et mère qui ont la possibilité physique d'administrer mais non la possibilité morale ou juridique, non pas cependant en ce sens que leurs actes seraient nuls, mais en ce qu'en agissant, ils détourneraient de leurs fins naturelles leurs fonctions d'administrateurs, et, d'autre part, de celui de l'art. 392 ch. 2 CC, qui vise le cas d'empêchement où se trouvent les père et mère qui ont la possibilité pratique d'administrer, mais non la possibilité morale ou juridique, en ce que leurs actes seraient nuls en

(265) C'est pourquoi nous n'admettons pas l'opinion de HEGNAUER (n. 95 ad 279 CC) pour qui lorsque le détenteur de l'autorité parentale, faute d'expérience des affaires ou des connaissances juridiques, est incapable d'agir dans une affaire déterminée et de remplir ses obligations, un curateur en application de l'art. 392 ch. 3 CC peut être désigné à l'enfant.

raison de l'opposition d'intérêts, virtuelle ou effective, avec le mineur, qui se fait jour dans l'acte ou les actes en cause.

Ainsi, l'inaptitude à gérer au sens de l'art. 392 ch. 3 CC, c'est, quant à l'inaptitude de fait, l'impossibilité pratique d'administrer (exemple: absence, coma, etc.), et quant à l'inaptitude de droit, tout empêchement moral ou juridique sans rapport avec l'opposition d'intérêts au sens de l'art. 392 ch. 2 CC ou avec les conditions d'intervention de l'autorité visée aux art. 311 al. 1 ou 325 CC (266).

Inaptitude donc, mais à quoi? D'abord à administrer en général, ou à faire un acte déterminé de gestion, ou une série d'actes déterminés; ensuite, à choisir un auxiliaire, gérant d'affaires ou, s'agissant d'un cas isolé, un mandataire occasionnel; ou encore à investir un mandataire ou auxiliaire déjà constitué de pouvoirs nouveaux qui ne sauraient découler des précédents ou être impliqués par eux, en raison de l'importance de l'affaire qui survient inopinément. Cela suppose aussi que l'inaptitude est présente chez le père comme chez la mère, à supposer qu'ils administrent tous les deux, ou chez l'un d'entre eux, si c'est le conjoint survivant. Il est exclu en revanche d'instituer une curatelle si l'un des père et mère supplée l'autre. Suivant l'étendue de l'empêchement, on l'a vu, le curateur peut avoir à faire un acte d'administration ou de représentation occasionnel — c'est proprement l'hypothèse de l'art. 392 ch. 3 CC — ou à gérer les biens du mineur pendant un espace de temps plus ou moins long — c'est proprement l'hypothèse de l'art. 393 ch. 2 CC, ainsi qu'on l'a vu. Contrairement au cas du majeur (art. 392 ch. 1 CC), il n'est pas nécessaire qu'il y ait, selon le cours ordinaire prévisible des choses, des occasions de représenter le mineur. Ce dernier, en effet, ne peut, sauf pour les affaires professionnelles lorsque le titulaire de l'autorité parentale l'a autorisé à exercer une profession, demeurer sans représentant légal. La nécessité d'instituer une curatelle procède donc de son statut personnel tel qu'il résulte de l'art. 305 al. 1 CC. Si en effet il y a lieu de

(266) De même pour LECOULTRE (RDT 1964 p. 15/16 ch. IV), l'empêchement peut être de nature matérielle (maladie ou absence) ou morale (ainsi le détenteur de l'autorité parentale ne désire pas s'immiscer dans la succession de son ex-conjoint, exemple qui nous paraît mauvais) ou encore juridique.

Telle ne paraît pas être l'opinion de SPITZER (RDT 1955 p. 8), selon qui une curatelle peut être instituée dans le simple dessein d'aider le mineur dans une affaire patrimoniale en dehors de tout cas de collision d'intérêts. Selon les commentateurs, ajoute SPITZER, on peut voir un empêchement du détenteur de l'autorité parentale dans l'absence des connaissances juridiques nécessaires pour passer un acte, cet empêchement étant celui que vise notamment l'art. 392 ch. 3 CC. Tout le raisonnement que nous venons d'exposer nous permet de contredire cette affirmation. En pareil cas, dans une hypothèse comme dans l'autre de celles visées par SPITZER, c'est un curateur de l'art. 325 CC qui est nécessaire.

pourvoir d'un tuteur le mineur qui n'est pas sous l'autorité parentale, et ce sans exception, la nécessité est égale de le pourvoir d'un curateur en cas d'empêchement au sens de l'art. 392 ch. 3 CC, puisque la situation est analogue.

§ 2. L'opposition d'intérêts (art. 306 al. 2, 392 ch. 2 et 393 ch. 3 CC)

A. *Généralités*

L'autorité doit instituer une curatelle lorsque les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux du représentant légal, même si l'enfant est seulement conçu (art. 393 ch. 3 CC) (267).

Faut-il entendre le terme d'opposition en ce sens que c'est une cause suffisante d'instituer la curatelle, que l'intérêt du mineur s'oppose à la passation d'un acte (268)? Nous répondons par la

(267) Selon Spitzer (RDT 1955 p. 7), dans les cas où tout est clair, l'autorité tutélaire peut renoncer à instituer une curatelle. Il nous semble au contraire qu'il y a lieu d'éclaircir la situation par l'intermédiaire du curateur. En cas de collision d'intérêts, il n'est pas à présumer, au-delà de la nature humaine, que les père et mère intéressés à une affaire qui les met en collision d'intérêts avec le mineur travaillent de leur propre mouvement à l'élucidation des choses.

Schiesser remarque, à juste titre, (p. 76) que l'auxiliaire de l'autorité parentale perd également ses pouvoirs en cas d'opposition d'intérêts.

(268) C'est dire ce que semble soutenir la décision de la Division de justice du canton de Zurich (SJZ 19/1922/23, p. 328 n° 283) lorsqu'elle voit, dans l'incapacité à diriger l'éducation du mineur, un cas d'«opposition d'intérêts» au sens de l'art. 392 ch. 2 CC ou d'empêchement au sens de l'art. 392 ch. 3 CC. D'où il suit logiquement que pour elle la nomination d'un curateur est l'une des mesures possibles en application de l'art. 307 CC. Tel semble aussi l'avis de la rédaction de la Revue du droit de tutelle (RDT 1958 p. 38/39). Le Tribunal fédéral (TF, 2e Cour civile, 16 juin 1939, Rudolf, RO 65 II n° 20 cons. 1 p. 114) paraît donner dans cet avis lorsqu'il dit qu'il y aurait lieu d'appliquer l'art. 282 CC ancien (pour cause dès lors d'opposition d'intérêts) à une affaire que le détenteur de l'autorité parentale ferait au nom du mineur, tout en n'ayant dans cette affaire qu'un intérêt de fait extrêmement lointain, mais que cet avantage est déterminant pour lui, quand bien même l'affaire serait désastreuse pour le mineur. Nous maintenons qu'ici c'est l'art. 324 CC qui doit être appliqué. De même, un arrêt Marchesoli (non publié au RO, mais au ZBGR 16 n° 44 p. 95) s'est exprimé comme suit en substance:

1° L'intérêt (du représentant légal réd.) au sens de l'art. 282 CC ancien existe lorsque le contrat procure au détenteur de l'autorité parentale un avantage en ce sens qu'en même temps et que par le fait même le patrimoine de l'enfant s'en trouve grevé (ce que nous approuvons réd.).

2° Il y aurait opposition d'intérêts aussi lorsque le détenteur de l'autorité parentale traite avec un tiers et qu'à cette opération il a un intérêt qui contredit celui du

négative. Lorsqu'en effet l'intérêt du mineur s'oppose à une opération, c'est que celle-ci compromet l'intégrité, la sûreté ou la productivité de son patrimoine. C'est ce danger, qui s'analyse aussi bien en un défaut d'adaptation de la fonction familiale aux fins qui lui sont assignées, qui motive fondamentalement l'intervention de l'autorité tutélaire. Tel est le motif commun à l'intervention visée aux art. 324 ss et 392 ch. 2 CC. Mais il est une différence dont il faut rendre compte. Dans les art. 324 et 325 CC, le danger encouru par le patrimoine du mineur, qu'il soit envisagé dans sa cause ou dans son effet, est le motif direct de l'intervention de l'autorité. Au

mineur: par exemple, lorsqu'il a un intérêt propre à l'aliénation d'un bien et qu'il entend l'aliéner alors que cela ne serait pas admissible juridiquement pour ce qui ne concerne que sa part: le motif de vendre ne repose alors que sur un intérêt propre du détenteur de l'autorité parentale et non sur celui du mineur. (Sous une forme aussi générale, la formule nous paraît vicier le raisonnement qui conduit et doit conduire à la distinction nécessaire entre les conditions d'application de l'art. 297 CC ancien et celles qui visent l'art. 392 ch. 2 CC /282 CC.)

3° Selon une interprétation large de la loi, car l'opposition d'intérêts visée à l'art. 282 CC ancien est celle même, largement définie, de l'art. 392 ch. 2 CC, il pourrait suffire que pour les motifs égoïstes du détenteur de l'autorité parentale, l'opération fût envisagée en temps inopportun. (Mêmes observations que ci-dessus. Nous nions que l'opposition d'intérêts consiste dans le fait que l'intérêt du mineur s'oppose à l'opération: il faut un avantage du détenteur de l'autorité parentale corrélatif au désavantage du mineur et ce sous les conditions que nous établissons plus loin, réd.) Paraissent être également pour l'affirmative EGGER (n. 11 et 12 ad 282 CC) et HEGNAUER (n. 36 ad 282 CC) quand il dit que l'art. 392 ch. 2 CC s'applique au cas d'aliénation d'un bien du mineur, lorsque l'intérêt du mineur s'oppose à cette aliénation et (n. 47 ad 290 CC) qu'il y a opposition d'intérêts au sens de l'art. 392 ch. 2 CC lorsque le détenteur de l'autorité parentale conserve une entreprise dans une indivision successorale, alors que le partage serait indiqué pour éviter d'étendre la responsabilité du mineur. L'opposition d'intérêts, à notre sens, ne naît que par la liquidation. Jusque là il n'y a que l'hypothèse visée par l'art. 324 CC: si l'administration de l'entreprise par le détenteur de l'autorité parentale fait courir des dangers au patrimoine du mineur, c'est l'art. 324 CC qu'il convient d'appliquer et les mesures prévues à cet article.

Dans notre sens, cependant, SCHIESSER (p. 78), qui relève qu'en l'absence d'opposition répondant au type abstrait de cette définition, et en cas de danger causé par l'égoïsme, la négligence ou l'incapacité du détenteur de l'autorité parentale, ce n'est pas l'art. 392 ch. 2 CC, mais l'art. 324 CC qu'il faut appliquer.

La direction de la Justice du canton de Zurich a considéré qu'une curatelle aux biens de l'enfant mineur est indispensable lorsque la façon de gérer des parents risque de provoquer une opposition d'intérêts et que ce danger existe, lorsque les parents veulent investir des fonds de leurs enfants dans leurs propres immeubles ou que le père achète une auto au moyen de la fortune des enfants (RDT 1973 n° 8 cons. 2 et 3 p. 77). Nous sommes d'accord s'il s'agit de prêts, mais non pas — dans le cas de l'auto — si l'enfant devient propriétaire des biens ainsi achetés. Pour être plus précis encore, nous dirons que si l'usage de l'auto n'est pas rémunéré, il y a une violation du devoir de placement (401 CC) qui justifie non pas une curatelle de l'art. 392 ch. 2 CC — ce qui serait le cas s'il y avait un prêt — mais des mesures correctives en application de l'art. 324 CC à tout le moins.

contraire, dans l'art. 392 ch. 2 CC, ce danger est présumé par le seul fait de l'opposition d'intérêts (269) alors que dans l'art. 324 ou 325 il doit être l'objet d'une preuve dont dépend la vocation de l'autorité tutélaire à intervenir et la nature de la décision qu'elle prendra; tout au contraire, l'opposition d'intérêts fait présumer le danger et cette présomption est irréfragable (270), à telle enseigne que par l'effet de la loi, le droit d'administration et de représentation des père et mère est suspendu. En d'autres termes, le danger encouru par le patrimoine du mineur, présumé par l'art. 392 ch. 2 CC, est le motif éloigné de l'intervention de l'autorité. Le motif immédiat, c'est la vacance de la fonction (271).

Nous sommes donc en présence de deux catégories de causes qui ont des effets distincts: d'une part, l'opposition d'intérêts, qui a pour conséquence de suspendre de plein droit le pouvoir d'administration et de représentation des père et mère; d'autre part, les manquements des père et mère à leurs devoirs, qui, selon leur

(269) Dans le même sens, LECOULTRE (RDT 1947 p. 7 ch. III A), selon qui l'opposition d'intérêts est un empêchement *juridique* (c'est nous qui soulignons, réd.) d'exercer les fonctions de représentant légal; et qu'il suffit que cette opposition apparaisse comme possible, LECOULTRE ajoutant: «En d'autres termes, une opposition d'intérêts *in abstracto* suffit pour qu'une curatelle doive être instituée; il n'est pas nécessaire qu'elle existe *in concreto*.»

On pourrait invoquer dans ce sens l'opinion de SCHIESSER (p. 78) selon lequel la double représentation est une situation *typique* (c'est nous qui soulignons) de mise en péril des intérêts du mineur.

(270) SCHIESSER (p. 77/78) relève aussi que ce qui est présumé en pareille hypothèse, c'est un danger pour le patrimoine du mineur.

(271) L'opinion de la rédaction de la RDT que la curatelle est inutile si l'opposition d'intérêts — théorique — n'a aucune chance de se réaliser (RDT 1958 p. 77 78 question 1) doit être nuancée: la suspension des pouvoirs des père et mère étant l'effet de la loi, le cas doit être soumis à l'autorité tutélaire dont la décision – qui peut être de n'instituer aucune curatelle pour les motifs ci-dessus — rend aux père et mère l'exercice de leur pouvoir. C'est pourquoi nous n'admettons pas la thèse de HEGNAUER (n. 47 ad 290 CC) selon lequel, il y a opposition d'intérêts au sens de l'art. 392 ch. 2 CC lorsque le détenteur de l'autorité parentale conserve une entreprise dans une indivision successorale, alors que le partage serait indiqué pour éviter d'étendre la responsabilité du mineur. L'opposition d'intérêts, à notre sens, ne naît que par la liquidation. Jusque-là, il n'y a que l'hypothèse visée par l'art. 324 CC: si l'administration de l'entreprise par le détenteur fait courir des dangers au patrimoine du mineur, c'est l'art. 324 CC qu'il convient d'appliquer et les mesures prévues à cet article.

HEGNAUER ne manque pas cependant de relever que lorsqu'un curateur est désigné, en application de l'art. 392 ch. 2 CC pour procéder à un partage, il n'a pas à administrer le patrimoine encore indivis en concomitance avec les parents. En pareil cas, si les père et mère manquent à leur devoir ou que les biens de l'enfant courent un péril, il y a lieu de procéder, conformément à l'art. 297 ancien CC (n. 104 ad 290 CC). Cette position correcte nous paraît démentir ce qu'il dit ailleurs de la nécessité de désigner un curateur lorsque l'intérêt de l'enfant s'oppose à une opération.

nature, appellent une décision de l'autorité tutélaire tendant à écarter le danger encouru par le patrimoine de l'enfant. Cette décision n'est pas nécessairement de suspendre l'exercice par les père et mère de leurs droits d'administration et de représentation. Au contraire, l'autorité peut prendre des mesures compatibles avec ces pouvoirs, en ce qu'elles supposent précisément que ceux-ci continuent d'être exercés.

Cette différence dans les effets découle nécessairement d'une différence dans les causes. Si l'on se borne à relever que l'opposition d'intérêts consiste dans le fait que l'intérêt de l'enfant s'oppose à une opération (272), on n'expliquerait plus par là comment ce seul fait ne suffirait pas à suspendre dans tous les cas les pouvoirs des parents, comme dans l'hypothèse de l'art. 392 ch. 2 CC, mais non celle de l'art. 325 CC, ou comment il n'aurait pas pour conséquence, dans tous les cas, qu'une mesure au choix de l'autorité tutélaire comme dans l'hypothèse de l'art. 324 CC, mais non la suspension des pouvoirs des père et mère, comme dans l'hypothèse de l'art. 392 ch. 2 CC.

Il ne suffit donc pas que l'intérêt du mineur s'oppose à ce que les père et mère usent — ou n'usent pas — de leur pouvoir d'administration et de représentation. Il y faut en outre un élément qui explique pourquoi l'opposition d'intérêts a l'effet propre que la loi lui réserve. La réponse se trouve ainsi ailleurs (273). C'est ce qu'il faut préciser.

(272) Dans notre sens, semble-t-il, la rédaction de la Revue du droit de tutelle (RDT 1958 p. 38/39). Ce n'est pas l'avis apparemment du Conseil d'Etat du canton de Berne (RDT 1961 n° 40 p. 149 cons. 2) qui dans ce cas ne parle que de l'art. 297 CC ancien — et du curateur de l'art. 297 al. 2 CC ancien —.

(273) Sur le caractère typique de l'opposition d'intérêts, cf. aussi SCHIESSER, p. 78. Cf. aussi LECOULTRE, à la n. 274.

Irait dans le même sens la remarque de SCHIESSER (p. 75) que l'opposition d'intérêts n'a lieu que si elle est conforme à une définition de type abstrait. D'où l'on peut conclure que l'opposition d'intérêts ne se définit pas par référence aux fins de l'administration et de la jouissance légales, mais par comparaison avec un modèle indépendant de toute référence à ces fins. Cf. l'arrêt de la Délégation du tribunal d'appel de Bâle-Ville (in RDT 1958 n° 30 p. 141), pour qui l'acte par lequel le détenteur de l'autorité parentale renonce à la créance alimentaire de l'enfant ne peut se faire sans le consentement d'un curateur. Cette opinion nous paraît gravement erronée, car 1° lorsque la créance alimentaire est une contribution d'entretien il faut distinguer: 1) l'enfant (ou le détenteur de l'autorité parentale en son nom) ne peut pas libérer ses parents du devoir d'entretien qui est à notre avis une charge légale soustraite au pouvoir de disposition des parties; 2) il peut remettre la contribution d'entretien, quand le devoir d'entretien s'exécute sous cette forme, dans la mesure où, ce faisant, il a un motif tiré de l'art. 271 CC, i.e. quand il le fait dans le cadre de son devoir d'entraide et dans cette mesure seulement. Sinon, ses intérêts sont en péril et il y a lieu d'appliquer l'art. 324 CC. Si les conditions en sont réunies, l'art. 308 al. 1 CC peut permettre la nomination d'un curateur chargé, au titre de la gestion partielle du

B. *Conditions de l'opposition d'intérêts*

Selon nous, le représentant légal et le mineur sont en opposition d'intérêts, au sens des art. 306 al. 2 et 392 ch. 2 CC, lorsqu'ils ne peuvent prétendre simultanément des droits sur le même objet, de sorte que l'existence des uns est nécessairement corrélative avec l'inexistence des autres; autrement dit, lorsque le désavantage ou l'avantage de l'un et l'avantage ou le désavantage de l'autre, corrélativement, procèdent du même acte (274).

patrimoine de l'enfant, de récupérer ou de percevoir cette contribution; 2° pour se tirer d'embarras, la Délégation du tribunal d'appel de Bâle-Ville admet que *«ein Interessenkonflikt liegt insofern vor, als der Inhaber der elterlichen Gewalt mit einem solchen Verzicht das Interesse der Verpflichteten wahrt und damit dem Interesse des berechtigten Kindes entgegenhandelt»* (la renonciation dont il s'agit ici est la remise de la dette alimentaire). Nous ne pouvons admettre une telle définition, car 1) Il y a opposition d'intérêts: *a)* quand le désavantage du mineur et l'avantage du représentant légal — et inversement — procèdent d'un même acte (cf. ci-après); *b)* quand le désavantage du mineur et l'avantage d'une personne à l'intérêt de qui le représentant légal est tenu de veiller par un contrat ou par la loi – et inversement procèdent d'un même acte (cf. ci-après). En dehors de ces deux cas, il n'y a plus d'opposition d'intérêts *juridiques*, il n'y a que des oppositions de fait: elles ne peuvent suffire à renverser conformément à l'art. 392 ch. 2 CC la présomption d'aptitude qui est la clé de voûte du système; demeure réservé l'art. 324 CC bien entendu. 2) Sauf dans le mariage, le fait d'être les auteurs communs d'un enfant mineur ne crée aucune opposition d'intérêts au sens de ce même chiffre. Donc: *a)* si un époux — au nom de l'enfant mineur — libère de toute contribution à l'entretien de ce dernier son conjoint — tous deux étant supposés titulaires de l'autorité parentale — il y a conflit d'intérêts au sens de l'art. 392 ch. 2 CC; *b)* si un parent, agissant tant en son nom qu'en celui de l'enfant mineur étant titulaire de l'autorité parentale bien entendu — se libère lui-même de cette contribution, la solution est la même; 3) Sauf les cas ci-dessus, il n'y a jamais dans le domaine qui nous occupe de conflit d'intérêts au sens de l'art. 392 ch. 2 CC. Dès lors, ce n'est pas à cette disposition qu'il nous faut recourir, mais à l'art. 324 CC. Est évidemment réservé le cas où le titulaire de l'autorité parentale en échange d'une telle remise au nom du mineur stipule pour lui-même un avantage du débiteur d'aliments: on retrouve alors l'art. 392 al. 2 CC.

(274) Selon Lecoultre (RDT 1964 p. 7 III A), l'opposition d'intérêts peut se définir de la manière suivante: le représentant légal a, dans une affaire, des intérêts contraires à ceux du représenté et il y a lieu de craindre qu'il ne fasse passer ses propres intérêts avant ceux de ses enfants ou de son pupille. Il suffit que cette opération apparaisse comme possible. En d'autres termes, une opposition d'intérêts *in abstracto* suffit pour qu'une curatelle doive être instituée; il n'est pas nécessaire qu'elle existe *in concreto*.

La Direction de la justice du canton d'Argovie, elle, s'est déclarée impuissante à donner une définition générale, cf. SJZ 36/1939/40, p. 318 n° 221.

La nomination d'un curateur n'est pas nécessaire si les intérêts du représentant légal et du représenté sont convergents (Lecoultre, in RDT 1964 p. 8).

Ainsi, c'est à notre avis parce que le cas publié in SJZ 11/1915 p. 244 n° 189 ne visait pas un conflit d'intérêts au sens de l'art. 392 ch. 2 CC que la nomination d'un curateur ne se justifiait pas. Faits: une indemnité pour cause de décès du père, en faveur

Nous entendons développer cette définition en examinant successivement quelle est la nature de l'avantage ou du désavantage dont il s'agit ici, quelle est la cause de l'un et de l'autre, quel est enfin le patrimoine ou la personne que l'un et l'autre intéressent.

de la veuve et des mineurs orphelins, est versée à l'autorité tutélaire. La veuve se remarie et réclame le capital. Un tuteur est nommé (art. 286 al. 1 ancien CC). La décision est cassée par le Tribunal du canton de Fribourg, qui constate que les circonstances ne justifient pas cette mesure, mais que le conflit d'intérêts justifiait la nomination d'un curateur en vertu de l'art. 392 ch. 2 CC. Quel conflit d'intérêts? La mère peut détenir sa part (ce qui est la moindre des choses), mais aussi, en vertu de son pouvoir d'administration, celle des enfants. S'il y avait à craindre que la part des enfants fût en danger, il fallait appliquer l'art. 324 CC — mais le Tribunal n'en parle pas —. Et l'incapacité de gérer, faute de lumières ou de bonne volonté, n'est pas un conflit d'intérêts au sens de l'art. 392 ch. 2 CC, cf. la note 268 — cf. aussi HEGNAUER — dans notre sens — n. 35 ad 282 CC.

De même, c'est à tort à notre avis que le Conseil d'Etat du canton de Lucerne a admis (in RDT 1972 n° 7 cons. 4 et 5 p. 34 ss) la nécessité d'instaurer une curatelle de l'art. 392 ch. 2 CC en considérant que la décision de vendre un immeuble appartenant à un mineur ne peut être prise par le détenteur de l'autorité parentale du chef d'opposition d'intérêts, car les revenus que tire le mineur du capital représenté par le prix de vente sont la propriété du détenteur de l'autorité parentale (292 et 293 anciens CC) et par conséquent le soulagent d'autant dans l'exécution de son devoir d'entretien. Pour nous, il faut distinguer: 1° sous réserve de l'obligation de conserver la substance du patrimoine du mineur, le détenteur de l'autorité parentale est libre de la décision de vendre; 2° cela posé, l'enfant a un intérêt à retirer le plus grand prix possible de la vente de son immeuble et aussi le détenteur de l'autorité parentale (pour le motif exprimé par le Conseil d'Etat). Mais ces deux intérêts ne sont pas opposés, puisque tous ont le même intérêt à l'opération. Par exemple aussi, il n'y a pas d'opposition d'intérêts lorsque le détenteur de l'autorité parentale et le mineur vendent tous deux leur immeuble commun à un tiers, selon le Conseil d'Etat de Schwyz (in ZBGR 27 n° 66 ch. 4 p. 210), car l'enfant ne s'oblige pas au profit du détenteur de l'autorité parentale. Cf. le cas où le Conseil d'Etat du canton de Berne (in ZBGR 21 n° 20 p. 71) nie l'opposition d'intérêts lorsque le détenteur de l'autorité parentale et le mineur acquièrent un immeuble en commun. A bon droit, car l'avantage du détenteur de l'autorité parentale n'est pas la cause (juridique) de l'obligation du mineur.

A relever que lorsque ce n'est pas le mineur qui devient sujet d'un droit ou d'une obligation par l'acte en cause, il n'y a pas d'opposition d'intérêts car il est sous-entendu qu'il s'agit d'intérêts consistant en droits ou obligations propres au mineur personnellement. Ainsi, selon le Tribunal fédéral (RO 90 II n° 10 p. 75), lorsqu'une personne renonce par pacte successoral à la qualité d'héritier, il n'y a pas lieu à concours de l'autorité tutélaire lorsque cette personne a des descendants mineurs, l'héritier renonçant n'agissant pas en qualité de représentant de ses descendants mineurs, même si la renonciation à la succession produit ses effets à l'égard de ses descendants.

Autre conséquence tirée par l'arrêt BLATTER (TF, 2e Cour civile, 23 juin 1933, RO 59 II n° 17 cons. 3 p. 112) selon qui l'opposition des intérêts du pupille et du tuteur consistent en ce que le pupille contracte une obligation ou reçoit ou fait valoir un droit. C'est pourquoi ce même arrêt exclut le cas où le pupille représenté ne reçoit que des avantages, les obligations reposant exclusivement sur la tête du tuteur. Du reste, l'art. 19 al. 2 CC, qui laisse la personne qui a un représentant légal entière-

1. *La nature de l'avantage et du désavantage*

Il faut prendre ces deux termes en des sens très larges. Si l'on parle en termes d'acquisition, l'avantage peut être

— une satisfaction purement immatérielle: celle que l'on a par exemple à obtenir une constatation judiciaire, ou celle de voir la justice satisfaite par la punition d'un coupable, ce qui est la raison d'être et le but du droit de porter plainte pénale. Inversement, le désavantage qui est son contraire consiste à subir ou à faire ce qu'appelle la satisfaction de l'autre partie: ainsi d'avoir à exécuter la peine prononcée par le juge saisi de la plainte pénale. C'est pourquoi il y a lieu de nommer un curateur au mineur chaque fois que celui-ci doit déposer une plainte pénale contre le représentant légal et réciproquement (275);

ment libre quant aux actes d'acquisition purement gratuits, serait, au moins par analogie, une disposition utile à invoquer en pareil cas.

Enfin, l'opposition d'intérêts n'existe que lorsque le mineur tend à faire déclarer son droit par convention ou par jugement contre le détenteur de l'autorité parentale, et non pas lorsque, ce droit étant déclaré, il y a lieu d'en poursuivre l'exécution. C'est même, à notre avis, le critère de distinction entre le cas où il y a collision d'intérêts et celui où, en exigeant de faire valoir les droits du mineur à son encontre, le détenteur de l'autorité parentale gère mal, ce qui entraîne à son égard l'application de l'art. 324 CC. Nous pensons que le Tribunal fédéral aurait dû de toute façon répondre par la négative à la question de savoir si la mère, détentrice de l'autorité parentale, était en état de collision d'intérêts avec ses enfants mineurs, lorsque tous ensemble ils avaient demandé à participer à une saisie en application de l'art. 111 LP contre leur père, pour la femme du chef de diverses prétentions nées de la restitution de ses apports et de la liquidation de ses intérêts en cas de divorce, les enfants du chef de l'obligation d'entretien qui pesait sur leur auteur (TF, 2e Cour civile, 26 novembre 1964, RO 90 II n° 42 cons. 2 litt. a, p. 362). En effet, les droits des mineurs contre leur père en cette affaire n'ayant pas à être reconnus ou déclarés contre leur mère, mais contre leur père, certes parallèlement avec leur mère agissant contre son ex-mari, on n'est pas en situation de collision d'intérêts. On pourrait répondre de la même façon à la question de savoir si cette collision d'intérêts existe lorsque la mère détentrice de l'autorité parentale et ses enfants mineurs sont défendeurs à l'action paulienne intentée par les créanciers de leur père et ex-mari en vue de récupérer les biens dont il a fait donation à sa femme et à ses enfants (même arrêt, cons. 2/b p. 363 et ss). A remarquer cependant que le Tribunal fédéral, à juste titre, réserve le cas de la transaction mettant fin à l'action paulienne. En effet, une transaction est de nature à définir la nullité ou l'existence des droits des mineurs, alternativement avec ceux de leur mère, sur une seule et même masse de biens.

(275) Dans ce sens, HEGNAUER (n. 85 ad 279 CC) et EGGER (n. 6 ad 282 CC).

SCHIESSER (p. 78/79) relève aussi que les intérêts en collision ne sont pas nécessairement matériels, mais peuvent être de nature idéale. Selon LECOULTRE (RDT 1964 p. 14 ch. VII), un curateur devra être désigné à un mineur pour porter plainte contre les parents conformément à l'art. 28 ch. 2 CP s'ils ont commis envers lui une infraction qui n'est poursuivie que sur plainte du lésé. Par exemple dans le cas de voies de fait, d'abus de confiance, de gestion déloyale, de violation d'obligation d'entretien. Il

— l'acquisition d'un statut légal, c'est-à-dire d'une qualité définie par un ensemble de droits et de devoirs. C'est en tout cas un avantage, en tant qu'en acquérant ce statut, le mineur devient bénéficiaire de prestations auxquelles celui qui est grevé des devoirs appliqués par ce statut doit satisfaire (275*bis*). Inversement et de ce point de vue, le désavantage est de le perdre d'une manière quelconque, par extinction ou par transfert. Par exemple, la filiation est un statut légal qui fait du mineur, notamment, un bénéficiaire du devoir d'entretien. C'est pourquoi, l'action en désaveu exige que le mineur soit représenté par un représentant extraordinaire au procès ouvert contre lui par le demandeur, qui conclut forcément à ce que l'enfant perde son statut légal;

— l'acquisition d'un patrimoine: acquisition d'une universalité de tels droits (par exemple en cas de succession) (276). Là aussi, le

est à remarquer que pour le mineur sous tutelle, l'autorité tutélaire possède le droit de plainte à côté du tuteur (art. 28 al. 2 CP). Selon nous, elle le possède aussi à l'égard du mineur sous l'autorité parentale, attendu que la condition des deux catégories de mineurs est la même. Pour le cas où la gestion du détenteur de l'autorité parentale nécessiterait le dépôt d'une plainte pénale, cf. SCHIESSER, RDT 1946 p. 46.

(275*bis*) Ainsi, il y a lieu de nommer un curateur au mineur en application de l'art. 392 ch. 2 CC lorsque celui-ci, fondé sur l'art. 279 CC, fait valoir contre son père, devant les tribunaux, son droit à l'entretien (RDT 1953 n° 26 p. 149). De même, HEGNAUER n. 187 ad 272 CC.

(276) Ainsi, le Tribunal fédéral admet-il à juste titre selon nous que la mère du mineur, restée veuve, appelée d'abord à faire valoir sa prétention en restitution des apports dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial, puis à partager le solde avec l'enfant au titre successoral, ne peut représenter l'enfant, dès lors qu'elle a des prétentions en restitution ou en récompense contre la masse successorale: TF 2e Cour civile, 20 novembre 1912, SCHIRMER contre Bâle-Ville, RO 38 II n° 69 p. 444. Les prétentions de la veuve appellent en effet une détermination des héritiers, que la mère doit perdre le pouvoir de donner au nom des mineurs. Dans ce sens, LECOULTRE, in RDT 1964, p. 10; EGGER, n. 5 ad 282 CC. Voir aussi Conseil d'Etat du canton d'Argovie, in ZBGR 20, n° 76, p. 233. EGGER relève (n. 5 ad 282 CC) que le détenteur de l'autorité parentale ne peut, au nom du mineur, répudier la succession dévolue à ce dernier, ni non plus un legs, dans la mesure où sa situation personnelle se trouverait améliorée par l'extinction de ce legs. La jurisprudence va dans ce même sens: le père ne peut, s'il est héritier, répudier un legs au nom de ses enfants mineurs (SJZ 25/1928/29, p. 137 n° 93), ni répudier la succession au nom des enfants (SJZ 15/1918/19, p. 103 n° 22).

Même avis: Conseil d'Etat du canton de Zurich, in ZBGR 20 n° 84 p. 26. De même, pour le juge unique de Zurich (ZBGR 21 n° 36 p. 121), le détenteur de l'autorité parentale ne peut répudier une succession au nom du mineur s'il est lui-même héritier. Même avis du Tribunal supérieur du canton de Soleure (in ZBGR 22 p. 55 ch. 1).

Selon la Direction de la justice du canton de Zurich (ZBGR 22 n° 82 ch. 2/b p. 223), c'est un curateur de l'art. 392 ch. 2 CC au nom du mineur qui doit répudier la succession si: *a)* le détenteur de l'autorité parentale est cohéritier; *b)* ce dernier fait valoir des prétentions issues du régime matrimonial contre la succession; *c)* l'époux est au bénéfice

d'une clause bénéficiaire dans un contrat d'assurance-vie — bref s'il élève des prétentions à titre particulier sur la succession —. Curatelle nécessaire aussi, pour le Département de la justice du canton de Bâle-Ville (ZBGR 23 p. 208 ch. 1), en cas de répudiation, par le mineur, de la succession où il est cohéritier avec le titulaire de l'autorité parentale.

A contrario, comme le relève justement le Tribunal supérieur du canton de Soleure, la désignation d'un curateur de l'art. 392 ch. 2 CC n'est pas nécessaire faute d'opposition d'intérêts lorsque le détenteur de l'autorité parentale répudie tout comme le mineur (ZBGR 23 p. 108 ch. 11/b). Pour le juge unique du Tribunal de district de Zurich (ZBGR 44 n° 1 p. 17), en raison de l'existence d'un conflit d'intérêts au sens de l'art. 392 ch. 2 CC, il est nécessaire de désigner un curateur aux enfants mineurs pour répudier en leur nom la succession de leur père lorsque la mère, unique détentrice de l'autorité parentale, veut accepter cette succession. De même, lorsqu'elle veut accepter pour ses enfants et répudier pour elle-même. Mais non pas lorsqu'elle entend répudier pour elle-même et pour ses enfants: il n'y a pas de conflit d'intérêts.

SCHIESSER (p. 85) relève que la répudiation d'une succession au nom du mineur tombe sous le coup de l'art. 392 ch. 2 CC lorsque le détenteur de l'autorité parentale ne répudie pas en même temps; de même la répudiation d'un legs par le détenteur de l'autorité parentale, héritier grevé. Sur ces deux cas, cf. SJZ 15 p. 103 n^{os} 22 et 25 p. 137 n° 93. Cf. aussi GILLIARD, p. 178 n. 2 et la jurisprudence citée.

Selon LECOULTRE aussi (RDT 1964 p. 10), le conjoint survivant ne peut répudier valablement la succession au nom du mineur s'il ne répudie pas en même temps pour lui-même. De même, il ne peut pas répudier un legs en faveur de son enfant si comme héritier légal il bénéficie de cette répudiation. Il se peut aussi, selon LECOULTRE, *loc. cit.*, que la succession apparaisse déficitaire parce que le conjoint survivant a fait valoir dans la liquidation du régime matrimonial des prétentions excessives. C'est pourquoi certains estiment que la répudiation nécessite toujours l'assistance d'un curateur et l'approbation des autorités de tutelle. C'est ce qu'a décidé notamment l'Obergericht de Zurich dans son arrêt publié in SJZ 15 p. 63 n° 12. C'est aussi l'opinion d'EGGER, n. 32 ad 392 CC. LECOULTRE trouve cette opinion excessive. En réalité, comme il faut un curateur pour examiner les prétentions du détenteur de l'autorité parentale unique du chef de la liquidation du régime matrimonial, l'institution d'une curatelle dans cette hypothèse de répudiation ne paraît pas se séparer de celle de l'institution de la curatelle pour examiner les prétentions du détenteur du chef de la liquidation du régime matrimonial. Il est évident qu'il faut exclure de l'empire de l'art. 392 ch. 2 CC les cas où la succession est réputée insolvable en application de l'art. 566 CC. En pareil cas, la répudiation est l'effet d'une présomption légale et donc d'une déclaration de volonté. Dans le cas de l'art. 566 CC, la seule déclaration de volonté concevable est l'acceptation de la succession.

SPITZER (RDT 1955 n. 7) relève le cas de conflit d'intérêts entre le parent survivant qui répudie au nom du mineur et accepte en son nom propre, et écrit que pratiquement la curatelle est inutile attendu que l'inventaire successoral a été fait par le secrétaire de l'autorité tutélaire, lequel généralement recommande la répudiation et en surveille les conditions. Il est possible que cela soit le cas à Zurich, mais ce n'est pas une raison pour se dispenser de curatelle en ce cas-là.

C'est aussi un cas de collision d'intérêts que la renonciation au droit de préemption prévu par l'art. 6 LPR au nom du mineur lorsque le détenteur de l'autorité parentale entend l'exercer (RDT 1958 p. 38/39). Cf. aussi SPITZER, in RDT 1955 p. 8. Selon cet auteur, il y a lieu d'examiner en cas de préemption au sens de l'art. 6 LPR si le patrimoine du mineur est suffisant et si le mineur a l'intention de se consacrer à l'agriculture. Si l'une ou l'autre de ces conditions fait défaut, le cas est réglé et l'autorité tutélaire n'a plus qu'à approuver une renonciation ou à laisser le délai s'écouler sans l'utiliser. Il y a lieu d'instituer une curatelle en revanche si les circonstances

doivent être élucidées ou si le droit de préemption doit être réellement exercé et s'il y a lieu de pourvoir au financement du contrat d'achat. Pour nous, il est bien évident que l'autorité tutélaire peut renoncer à instituer une curatelle à défaut des deux conditions énoncées ci-dessus. Mais, cependant, l'autorité tutélaire doit être saisie dans tous les cas. Sur le problème du droit de préemption, cf. aussi BONNARD et HEGNAUER, n. 37 ad 279 CC.

Ainsi, lorsque le mineur entend exercer le droit de préemption que lui confère l'art. 6 LPR, l'opposition d'intérêts justifie la désignation d'un curateur au sens de l'art. 392 ch. 2 CC, selon les autorités d'Appenzell-Rhodes-Extérieures (in ZBGR 33 p. 341 ch. 3; cf. aussi Tribunal supérieur de Lucerne, in ZBGR 34 n° 69 p. 344). Cette autorité recommande de renoncer à désigner un curateur lorsque le bénéficiaire du droit de préemption n'a pas les moyens de l'exercer, ce qui est la sagesse même. Nous approuvons moins cette autorité quand elle paraît vouloir dire que l'opposition d'intérêts en pareil cas existe lorsque les père et mère ne sont pas capables à cette occasion ou ne peuvent pas sauvegarder les intérêts de l'enfant: ce qui donnerait à croire que, pour le Tribunal supérieur de Lucerne, l'opposition d'intérêts existe dès qu'une décision est prise ou omise contrairement aux intérêts de l'enfant. Nous prétendons avoir montré au texte que l'opposition d'intérêts au sens de l'art. 392 ch. 2 CC, n'est pas cela, mais qu'en pareille hypothèse c'est l'art. 324 CC qui devrait être appliqué. S'il y a conflit d'intérêts, c'est que les droits de préemption reconnus à chacun des intéressés s'excluent entre eux, s'agissant du même objet.

Pour HEGNAUER (n. 22 ad 282 CC), il y a lieu de nommer un curateur en application de l'art. 392 ch. 2 CC pour juger de l'opportunité de rester en indivision ou de demander le partage. Ce point de vue nous paraît erroné. C'est au détenteur de l'autorité parentale de décider de l'opportunité du partage. Si, en restant dans l'indivision, il met en péril les biens de l'enfant, il y a lieu de procéder contre lui, conformément à l'art. 324 CC. Il est en revanche contraire à la loi de lui retirer en cette matière l'indépendance que lui donne l'autorité parentale en instituant une curatelle.

Pour LECOULTRE (in RDT 1964 p. 9 B/1) la nomination d'un curateur est indispensable pour représenter l'incapable dans l'acte de partage, lorsque le représentant légal est également héritier. LECOULTRE ajoute (loc. cit. p. 10) que le curateur devrait normalement déjà assister à l'inventaire.

Selon SCHIESSER, le contrat de partage d'une succession est un cas d'application de l'art. 392 ch. 2 CC et par conséquent un cas de collision d'intérêts (p. 32). De même EGGER, n. 5 ad 282 CC et SPITZER (RDT 1955 n. 7). Cf. aussi le cas où les enfants mineurs, partageant avec le détenteur survivant de l'autorité parentale, ont intérêt à demander des garanties en application de l'art. 492 al. 2 CC (cf. TENCHIO p. 66 n. 17).

Dans le contexte du contrat de partage d'une succession, SCHIESSER (p. 80/81) pose un problème intéressant. Certaines autorités de tutelle ont vu une collision d'intérêts au sens de l'art. 392 ch. 2 CC dans le seul fait de l'existence d'une indivision successorale, où l'intérêt du détenteur de l'autorité parentale serait de laisser les choses en l'état, mais celui du mineur d'assurer la sécurité de ses prétentions, c'est-à-dire, en définitive, de partager et de faire les placements pupillaires. Dès lors, ces autorités désignent un curateur pour prendre la décision même du partage (et non pas seulement pour l'exécuter). SCHIESSER s'oppose à cette manière de voir qui, selon lui, est une atteinte à la liberté du détenteur de l'autorité parentale dans son administration légale. Du reste, il nie que le patrimoine de l'enfant, dans cette situation, soit moins garanti que dans un autre placement, notamment lorsque la règle du partage des risques est observée. Il approuve, en conséquence, la pratique d'autres autorités, qui laissent la décision de partage entièrement à la discrétion du détenteur de l'autorité parentale. Il ajoute cependant que des situations conflictuelles de ce type peuvent se présenter et dès lors admet dans ces hypothèses l'application de l'art. 392 ch. 2 CC. Nous partageons

désavantage contraire consiste dans la perte, soit par extinction, soit par transfert d'une universalité de droits (277-277*bis*);

cependant la manière de voir des autorités que blâme SCHIESSER, et pour les raisons mêmes que celles-ci mettent en avant. Le devoir du détenteur de l'autorité parentale est de faire des placements sûrs et productifs et dans tous les cas où l'indivision n'assure pas l'un et l'autre, il y a lieu à partage. Les autorités de tutelle font donc bien d'examiner la question et de présumer que le partage est préférable sauf de justes motifs. Ce partage peut du reste s'opérer (SCHIESSER, p. 81) sous la forme d'une novation, la quote-part du mineur dans la division devenant par exemple un prêt. Attendu l'art. 305 CC, le curateur devra de toute manière collaborer à l'acte. Pour le surplus, cf. SCHIESSER, p. 82 litt. cc.

LECOULTRE enfin (RDT 1964 p. 10) prévoit la désignation d'un curateur pour intenter contre le détenteur de l'autorité parentale une action en nullité ou en réduction. Il a tort en revanche de prévoir un curateur pour demander le bénéfice d'inventaire ou la liquidation officielle, attendu que ces deux opérations ne font naître aucune opposition d'intérêts entre le détenteur de l'autorité parentale et le mineur. Cependant, il se peut que le fait de ne pas demander le bénéfice d'inventaire ou la liquidation officielle soit de la part du titulaire de la puissance paternelle un acte de mauvaise gestion. Dans ce cas, l'art. 324 CC devra trouver son application.

(277) Par exemple, la Direction de la justice du canton de Zurich considère qu'il y a opposition d'intérêts lorsqu'une indivision héréditaire à laquelle participent un mineur et sa mère est modifiée par contrat entre tous les héritiers en société, en nom collectif; car le mineur se soumet alors à d'autres obligations, notamment envers sa mère, que celle que la loi lui impose en qualité de membre de l'indivision (ZBGR 15 n° 94 p. 253). Pour la Direction de la justice du canton de Berne, il n'y a, lorsque le détenteur de l'autorité parentale et le mineur contractent entre eux ou avec d'autres une société en nom collectif, aucune opposition d'intérêts (ZBGR 15 n° 100 p. 261). En effet, raisonne-t-elle, le détenteur de l'autorité parentale et le mineur n'ont pas d'intérêts opposés en ce cas, mais convergents, car dans la société en nom collectif, comme dans la société simple, ils ont un but commun à atteindre par des moyens mis en commun. Cette société suppose donc des intérêts communs, non pas opposés. Ce qui nous paraît critiquable dans ce raisonnement et nous fait adopter la solution contraire de l'autorité zurichoise, c'est que l'autorité bernoise oublie que le contrat de société est un contrat synallagmatique parfait par lequel chacun des sociétaires s'engage envers les autres à toutes les obligations qu'implique la société et que la cause juridique de l'engagement de chacun des sociétaires est l'engagement des autres à telles prestations que la société appelle, et *non pas* le but commun, que l'on doit considérer comme un motif, plutôt que comme une cause. D'où il suit, selon nous, que le contrat de société ne se distingue pas essentiellement des autres contrats synallagmatiques auxquels l'application des art. 306 et 392 ch. 2 CC ne fait aucune difficulté. Autre cas: lorsque la mère détentrice de l'autorité parentale reçoit l'usufruit de toute la part dévolue aux descendants communs, mineurs au moment du décès du père disposant par hypothèse, elle doit être considérée comme créancière d'un legs (celui de l'art. 473 CC) et qu'un conflit s'élève entre la mère et les enfants (cf. Direction de la justice d'Argovie, in ZBGR 17 n° 74 p. 193). Pour la Direction fédérale de justice, la constitution d'un gage immobilier sur les biens du mineur dans l'intérêt de celui-ci est possible comme tout autre acte d'administration — encore faut-il que ce soit dans l'intérêt du mineur — (ZBGR 20 n° 45 p. 152).

LECOULTRE aussi (RDT 1964 p. 10 ch. 2) cite l'exemple du conjoint survivant qui reprend l'affaire du défunt en fondant une société avec ses enfants mineurs. Ces derniers, ajoute-t-il, doivent être représentés par un curateur. C'est à juste titre.

— l'acquisition d'un élément de patrimoine, c'est-à-dire d'un droit réel ou personnel. Ainsi lorsque l'enfant intente un procès à ses père et mère en application de l'art. 279 CC, il agit en vue de fixer une contribution d'entretien à leur charge, c'est-à-dire une obligation nouvelle en un certain sens, en tant que lien juridique particulier, à ce titre distinct de son fondement légal, le devoir

Selon lui (RDT 1964 p. 11), une fois la société fondée entre le détenteur de l'autorité parentale et le mineur (et entre ces deux personnes seules si la responsabilité illimitée du mineur crée une forme d'intercession) le détenteur de l'autorité parentale peut valablement représenter le mineur, mais une curatelle est souvent opportune pour un contrôle sur les comptes et la marche à faire dans l'intérêt du mineur. A tort selon nous. Le partage successoral fait (si la fondation a lieu pour liquider une succession), la mission du curateur est terminée, et un curateur ne pourrait être institué qu'aux conditions des art. 392 ch. 2 CC (or, la participation du détenteur de l'autorité parentale et du mineur à la même société ne constitue pas un conflit, en dehors des contrats entre eux ou entre l'un d'eux et l'autre agissant au nom de la société); l'art. 392 ch. 3 CC est par hypothèse inapplicable. En outre, pour que la curatelle de l'art. 325 CC soit instituée, il y faut les conditions prévues par cette disposition. Il faut dire qu'elles ne sont pas réalisées par le seul fait que le détenteur de l'autorité parentale et le mineur participent à la même entreprise. On peut penser aussi à la reprise, comme cohéritier, d'une société où la responsabilité du mineur est illimitée (SPITZER, RDT 1955 p. 7).

HEGNAUER (n. 104 ad 290 CC) relève à juste titre que le curateur désigné pour partager une succession au nom du mineur n'a pas, avant le partage, à administrer le patrimoine, non pas même la part idéale de l'enfant.

(277*bis*) Pour SPITZER (RDT 1955 p. 7), lorsque dans une succession à laquelle un mineur est intéressé se trouve une participation à une société commerciale à laquelle le détenteur de l'autorité parentale participe aussi, «le partage de la succession ne peut en soi être imposé contre la volonté du détenteur de l'autorité parentale et ne serait pas toujours dans l'intérêt du mineur; cependant, elle est très souvent souhaitable afin que les rapports entre mineur et détenteur de l'autorité parentale soient clairs et simples; en particulier lorsqu'une entreprise doit être gérée par le détenteur de l'autorité parentale à lui seul, c'est à bon droit qu'il y a lieu d'ordonner le partage de la succession». Nous ne voyons pas en quoi le partage ne pourrait pas être imposé au détenteur de l'autorité parentale. Il nous paraît au contraire que c'est une règle élémentaire de prudence que de partager la succession dans ce cas-là, pour les raisons mêmes qu'indique SPITZER, et ce dans tous les cas, que le détenteur de l'autorité parentale demeuré seul soit le gérant unique de la société, ou que des tiers y participent. Ce qui revient à dire que pour nous la continuation d'une entreprise dans laquelle le mineur a une participation, et que cette participation soit acquise par voie de succession, suppose nécessairement un partage préalable de la succession. L'expérience enseigne que les participations indivises provoquent par le seul écoulement du temps des difficultés épouvantables, et des situations dans lesquelles le détenteur de l'autorité parentale est beaucoup plus tenté que dans un autre cas de brouiller les pistes et de s'assurer des avantages indus. Dans ce cas, le curateur qui représentera l'enfant dans le partage ne verra sa mission prendre fin que lorsque les conditions de participation du mineur à l'entreprise seront liquidées. Mais ce n'est pas à lui, ni à l'autorité tutélaire sur son préavis, d'ordonner au détenteur de l'autorité parentale de restreindre la responsabilité du mineur dans l'entreprise, au cas où elle est illimitée. C'est au titulaire lui-même d'examiner la question, auquel cas il faudra instituer une seconde curatelle. Pour le surplus, se rapporter à la n. 277.

d'entretien, comme l'effet peut l'être de sa cause. En pareil cas, le mineur doit être représenté, extraordinairement, par un curateur (278). Le désavantage contraire, c'est la perte, soit par extinction, soit par transfert, du droit réel ou personnel.

Si maintenant l'on parle en termes de libération, l'avantage peut être;

— la libération d'une charge, d'un devoir, d'une obligation (279). Ainsi, de la libération du devoir d'entretien impliquée par l'admission d'une action en désaveu;

— par l'extinction d'une obligation par l'un des modes prévus aux art. 114 à 142 CO, ou encore d'engagements de toutes natures, tels que l'extinction d'un gage constitué sous forme de droit réel restreint, ou d'une servitude — pour le fonds grevé —. Quant désavantage contraire, c'est évidemment le fait de grever son patrimoine d'une charge quelconque, qu'elle s'analyse en une dette (280), en un gage immobilier (281) ou en une servitude et nous ne sommes pas exhaustif (282).

(278) Ainsi, HEGNAUER (n. 187 ad 272 CC). C'est l'exemple classique de l'opposition d'intérêts (cf. LECOULTRE, RDT 1964 p. 11 ch. III). Cf. aussi, TF, 2e Cour civile, 20 mars 1963, X., RO 89 I n° 15.

(279) L'exemple classique de la remise de dette s'agissant d'un mineur est la renonciation à des aliments, exemple proposé par SPITZER, in RDT 1955 p. 6/7. Cf. aussi TF, 2e Cour civile, 12 février 1960, B, RO 86 II n° 35 cons. 2. Sur la nécessité (admise par LECOULTRE in RDT 1964 p. 14 ch. 5) d'un curateur en cas de renonciation par la mère à la pension due à son enfant en vertu du jugement de divorce ou de séparation de corps, LECOULTRE signale que cette curatelle est nécessaire «vu l'opposition d'intérêts entre la mère, qui peut être l'objet de pression de la part de son ex-mari (ou de son mari) et l'enfant». C'est le cas typique où il n'y a en réalité pas d'opposition d'intérêts au sens où nous l'entendons, puisque par définition le débiteur de la contribution d'entretien n'est plus titulaire de l'autorité parentale. On est dans le cas d'une mauvaise gestion, et si la renonciation est de nature à porter préjudice à l'enfant, l'autorité tutélaire doit agir soit en application de l'art. 327 CC, soit en application de l'art. 307 CC, dans la mesure où l'assistance en la personne de l'enfant est compromise; on peut même songer ici à appliquer l'art. 311 al. 1 CC.

(280) Ainsi des obligations consenties par le mineur envers un tiers dans l'intérêt des père et mère. Exemple cité par SPITZER, RDT 1955 p. 7.

(281) Cf. des exemples in ZBGR 14 n° 19 p. 89 ch. 2 et n° 20 p. 90 ch. 3.

Ainsi de l'acte d'intercession par lequel le mineur garantit le remboursement d'un prêt consenti aux père et mère, exemple donné par SPITZER, RDT 1955 p. 7.

Cf. aussi HEGNAUER (n. 26 et 27 ad 282 CC). Nous ne sommes pas de l'avis de cet auteur (n. 13 ad 282 CC) lorsqu'il relève que les art. 306 et 392 ch. 2 CC ne s'appliquent pas à la constitution du gage immobilier garantissant une dette déjà existante du mineur.

Ainsi, pour SCHIESSER (p. 156), lorsque le mineur demande des sûretés, un curateur doit lui être nommé en application de l'art. 392 ch. 2 CC.

(282) Cf. l'énumération que fait HEGNAUER (n. 15 à 25 ad 282 CC).

Il est évident, dit l'autorité cantonale du canton de Berne en matière de poursuite

et faillite (in RDT 1951 n° 25 p. 71) comme SPITZER (RDT 1955 p. 7), que l'opposition d'intérêts au sens de l'art. 392 ch. 2 CC existe non seulement lorsqu'il s'agit d'acte juridique de droit matériel, mais aussi en cas de procès ou d'exécution forcée.

Tout procès du mineur contre le détenteur de l'autorité parentale donne ainsi lieu à l'application de l'art. 392 ch. 2 CC (SCHIESSER, p. 82/83 et EGGER n. 6 ad 282 CC). Cet auteur remarque avec raison que c'est encore au curateur qu'il appartient de décider s'il y a lieu ou non d'ouvrir le procès. De même, selon SCHIESSER, p. 83, on devra recourir à l'art. 392 ch. 2 CC pour liquider les prétentions du mineur (art. 301 CC) en application des art. 111 et 219 LP.

On peut aussi penser (exemple donné par LINK, in RDT 1965 p. 14/15 ch. V/d), à l'art. 111 LP, qui prévoit que les enfants ont le droit de participer à la saisie pratiquée au préjudice du détenteur de l'autorité parentale sans poursuite préalable et durant un délai de quarante jours en raison de leur créance résultant de l'autorité parentale. LINK remarque que le droit fédéral ne s'oppose pas à ce que dans leur loi d'introduction les cantons prévoient pour le préposé l'obligation de poser la question et d'avertir l'autorité tutélaire dès qu'il est établi ou vraisemblable que les enfants ont une créance contre le détenteur de l'autorité parentale (en vue évidemment de leur faire désigner un curateur de l'art. 392 ch. 2 CC). Nous soutenons entièrement cet avis et nous pensons qu'il devrait s'introduire dans la pratique des offices de poursuite.

HEGNAUER voit dans le consentement des père et mère un contrat d'assurance où une clause bénéficiaire est établie en leur faveur un cas d'opposition d'intérêts au sens de l'art. 392 ch. 2 CC (n. 29 ad 282 CC).

Pour SPITZER (RDT 1955 p. 7/8), il y a collision d'intérêts lorsque le détenteur de l'autorité parentale assure son enfant en cas d'assurance sur la vie de ce dernier. Au moins théoriquement, selon cet auteur, la nomination d'un curateur est obligatoire en application des art. 306 et 392 CC ainsi que 74 al. 1 LCA. SPITZER relève cependant que la question est controversée chez les juristes spécialistes du droit des assurances.

SCHIESSER (p. 84) relève à juste titre qu'il n'y a pas de conflit d'intérêts lorsque le détenteur de l'autorité parentale est preneur d'assurance et s'assure sur la mort de l'enfant. Il motive expressément sa solution de ce que le fait que des parents dénaturés puissent tuer l'enfant par cupidité ne change rien au fait que les intérêts en opposition doivent être des intérêts juridiques et protégés comme tels par le droit. En revanche, lorsque le mineur est preneur, SCHIESSER (p. 84/85) pose que: 1° l'enfant qui contracte une assurance pour le cas de décès n'a aucun intérêt à ce contrat de telle sorte que les autorités de tutelle devront être négatives à cet égard; 2° inversement, une assurance contractée pour le cas de vie (assurance épargne, assurance dot, assurance études) peut être passée sans objection; SCHIESSER remarque à très juste titre que dans ce cas les prestations de l'assurance ne peuvent être servies aussi longtemps que le devoir d'entretien des père et mère subsiste, que les conditions de l'art. 320 al. 2 CC ne sont pas réalisées et que les primes n'ont pas grevé le patrimoine des parents; SCHIESSER a raison, puisque les prestations de l'assurance doivent servir à payer des frais d'entretien et d'éducation du mineur; 3° les assurances contractées tant pour le cas de mort que pour le cas de vie doivent être traitées comme pour les assurances en cas de mort. Dans tous les cas, selon SCHIESSER, ces contrats tombent sous le coup de l'art. 392 ch. 2 CC. C'est également notre avis. Nous ne partageons cependant pas la position de SCHIESSER concernant l'assurance en cas de mort, que nous tenons pour parfaitement licite et qui peut — nous parlons ici en l'absence de toute clause bénéficiaire — représenter l'exécution d'un devoir de piété fondé sur l'art. 272 CC. Lorsqu'il y a clause bénéficiaire, cf. la n. 116.

Selon SCHIESSER enfin (p. 85), tombe sous le coup de l'art. 392 ch. 2 CC la fixation de la part du détenteur de l'autorité parentale (survivant) et du mineur à une indemnité pour cause d'accident; cf. sur ce point SJZ 11 p. 137 n° 93.

Il convient de remarquer ici que l'avantage et le désavantage sont dans tous les cas des intérêts juridiquement protégés (283), qui en conséquence peuvent être mis en œuvre par une action.

2. *Origine de l'avantage et du désavantage correspondants*

La corrélation d'un avantage et d'un désavantage juridiques provient de ce que le représentant légal reçoit un avantage ou subit un désavantage dont le désavantage du mineur ou son avantage est la cause ou la condition: la cause, comme par exemple dans le contrat bilatéral, où l'acquisition d'un droit personnel, par exemple, a pour cause juridique la contre-prestation de l'autre partie, qui se grève d'une obligation dans la même mesure; la condition, comme dans le cas de la plainte pénale, où la sanction à laquelle tend celle-ci est la condition de la satisfaction — immatérielle — de l'auteur de la plainte. Ou comme dans le cas de la répudiation d'une succession, où l'accroissement de la part du cohéritier dépend de la renonciation d'un successible à sa qualité d'héritier (283*bis*).

Pour nous, l'acte générateur de l'opposition d'intérêts, c'est la manifestation de volonté d'où procèdent, directement ou indirectement, l'avantage et le désavantage du mineur ou du représentant légal (284).

(283) Dans ce sens, SCHIESSER (p. 78 et 84).

(283*bis*) Cas voisin: la renonciation au nom de l'enfant mineur au droit de préemption prévu par l'art. 6 LPR lorsque le détenteur de l'autorité parentale entend l'exercer (RDT 1958 p. 38/39): les deux droits s'excluent. Cf., sur la répudiation, l'avis de la Direction de la justice du canton de Zurich, in RDT 1970 n° 5 p. 26.

(284) Dès lors, la nomination d'un curateur et l'approbation de l'autorité tutélaire ne sont pas nécessaires si les intérêts du représentant légal et du représenté sont convergents (LECOULTRE, RDT 1964 p. 8). Même le fait que les parents aient un intérêt accessoire à l'acte ne suffit pas à lui conférer le caractère d'intercession: les parents peuvent ainsi valablement acquérir un immeuble au nom de leur enfant si cet acte est conforme à son intérêt, même si, en vertu de la loi, ils ont la jouissance de cet immeuble (RO 65 II 110). Sur ce point, LECOULTRE, RDT 1964 p. 9.

Il n'y a pas d'opposition d'intérêts en particulier lorsque le détenteur de l'autorité parentale et le mineur ont un intérêt commun — bien que référé à des personnes distinctes, soit le détenteur de l'autorité parentale d'une part, et le mineur, de l'autre — à une même opération. Ainsi, le Tribunal d'appel du Tessin in ZBGR 15 n° 110 p. 270 et le Tribunal fédéral in ZBGR 16 n° 44 p. 95.

C'est pourquoi le détenteur de l'autorité parentale peut agir pour le mineur aussi longtemps qu'il n'oblige pas ce dernier à son profit. Ainsi quand, propriétaire en main commune avec lui, il vend l'objet dont ils sont propriétaires tant en son propre nom qu'au nom du mineur (Conseil d'Etat du canton de Berne, in RDT 1961 n° 40 p. 149 cons. 2).

Il n'y a pas non plus d'opposition d'intérêts si la même déclaration fait acquérir ou perdre également les avantages au mineur et au détenteur de l'autorité parentale:

Il s'agit bien d'une manifestation de volonté. L'opposition d'intérêts, en effet, ne se produit pas lorsque l'avantage ou le désavantage du mineur ou du représentant légal se produisent de plein droit et par le seul effet de la loi, c'est-à-dire indépendamment de la volonté de l'intéressé (285). Dans la mesure aussi bien où le rapport

ainsi, la renonciation par le détenteur de l'autorité parentale tant en son nom qu'en celui du mineur au droit de préemption ouvert par l'art. 6 LPR.

Autre conséquence: le détenteur de l'autorité parentale, après le décès de l'autre parent, administre seul (sauf l'art. 318 CC) l'indivision successorale, tant en son nom qu'au nom de ses enfants mineurs. Le curateur nommé en application de l'art. 392 ch. 2 CC n'intervient que pour le partage (cf. Direction de la justice du canton de Zurich, in RDT 1959 n° 38 p. 146). En effet, l'intérêt à une bonne gestion est commun. L'intérêt à la part la plus grande possible n'est pas commun à tous les indivis, puisque l'une ne peut l'être qu'aux dépens des autres.

Un pacte de renonciation en succession qui ne procure au descendant mineur du renonçant que des avantages n'a pas à être passé avec le concours d'un curateur, (TF, 2e Cour civile, 19 mars 1964, ECKMANN, RO 90 II n° 10 cons. 4 b p. 78).

Il n'y a pas d'opposition d'intérêts lorsque le titulaire de l'autorité parentale et le mineur vendent tous deux leur immeuble commun à un tiers, selon le Conseil d'Etat de Schwytz (in ZBGR 27 n° 66 ch. 4 p. 210), car l'enfant ne s'oblige pas au profit du détenteur de l'autorité parentale.

Cf. le cas où selon nous à bon droit le Conseil d'Etat du canton de Berne (in ZBGR 21 n° 20 p. 71) nie l'opposition d'intérêt lorsque le détenteur de l'autorité parentale et le mineur acquièrent un immeuble en commun. A bon droit, car l'avantage du titulaire de l'autorité parentale n'est pas la cause (juridique) de l'obligation du mineur.

Il faut relever ici que le détenteur de l'autorité parentale qui a renoncé à son propre droit de préemption peut valablement représenter un enfant mineur lorsqu'il s'agit de décider s'ils doivent exercer un droit (Conseil d'Etat du canton de Lucerne, in RDT 1956 n° 8 p. 28).

(285) La même idée s'exprime dans une consultation émanant de la Division fédérale de justice sur le point de savoir si l'art. 306 CC s'applique lorsque le représentant légal du mineur conclut un contrat d'assurance-vie où le preneur est le mineur dont les biens sont soumis à l'administration légale des père et mère (ZBGR 16 n° 42 p. 90). Dans la première partie de la réponse, qui vise l'hypothèse où il n'y a pas de clause bénéficiaire en faveur des père et mère, la Division nie que le contrat soit passé à leur profit quand bien même: 1° l'événement assuré étant la vie du mineur à une certaine date, le capital versé pourrait alors être contractuellement assigné à des fins d'entretien et d'éducation (par exemple, assurance-dot), dont les frais, on le sait, incombent aux père et mère; 2° l'événement assuré étant la mort du mineur, le capital versé peut revenir aux père et mère en leur qualité d'héritiers, alors que dans une hypothèse comme dans l'autre, les père et mère tirent du contrat un avantage patrimonial. La Division prétend qu'un tel contrat ne tombe pas sous l'empire de l'art. 306 CC en cas de mort, parce que c'est comme héritiers légaux moyennant qu'il n'y ait pas de descendant de l'enfant et qu'il n'y ait pas de motif d'indignité au sens de l'art. 477 CC que les père et mère peuvent prétendre au capital assuré. Cela nous paraît pertinent. Mais si elle aboutit à la même conclusion en cas de vie, c'est selon elle que la somme assurée devient propriété du mineur et que les parents ne peuvent prétendre à tout ou partie du capital que sous les conditions de l'art. 320 al. 2 CC. Les intérêts dudit capital doivent être affectés aux frais d'entretien et d'éducation du mineur et ce dernier y retrouve son intérêt. Cela nous paraît incomplet. Nous aimerions en effet ajouter

de représentation consiste en la faculté de faire naître des droits et des obligations dans la sphère juridique d'autrui, il est évident que l'exercice de ce pouvoir est la cause unique de leur naissance. Cela n'est pas vérifié lorsqu'ils procèdent au contraire exclusivement de la loi et par le seul effet de celle-ci.

Cette manifestation de volonté est une cause directe ou indirecte de l'avantage ou du désavantage. Ceux-ci n'entrent pas en considération lorsqu'ils se produisent de plein droit. Ils ne peuvent trouver naissance que dans l'acte juridique d'un particulier ou dans une décision de l'autorité. S'ils procèdent d'un acte juridique, on voit sans difficulté qu'il en est la cause directe. S'ils procèdent, en revanche, d'une décision de l'autorité, il faut qu'elle en soit la seule source, d'une part, et qu'elle intervienne sur la réquisition d'un intéressé, et non d'office, d'autre part (286). A défaut de l'une de ces conditions, aussi bien, on se retrouverait dans le cas d'un effet de plein droit. La réquisition est alors la manifestation de volonté où avantage et désavantage trouvent leurs causes indirectes. Ce qui amène à deux remarques: dans le cas où la cause est une décision de l'autorité, il n'est pas nécessaire que l'effet survienne. Il suffit qu'il soit possible, en raison même de la demande qui en est faite, ce qui revient à dire qu'il suffit que la demande tende au désavantage ou à l'avantage du mineur ou de son représentant légal (287).

qu'il n'y a d'avantage au sens où nous l'entendons ici que dans la mesure où c'est le titre juridique en vertu duquel le bénéficiaire peut disposer d'un bien matériel ou immatériel qui est créé par la volonté du mineur ou du représentant légal. Lorsque, en revanche, ce titre existe par le seul effet de la loi, par exemple précisément la jouissance légale sur les biens du mineur, il n'y a pas d'avantage qui procède de la volonté d'un intéressé. Lorsque par la volonté du mineur, qui par exemple accepte une donation pure, un bien entre dans son patrimoine, il ne se crée pas simultanément un titre juridique nouveau en vertu duquel les père et mère peuvent disposer de ce bien: ces derniers disposent, en vertu de leur jouissance légale, titre juridique qu'ils possèdent par le seul effet de la loi. Il n'y a de nouveau que l'élément patrimonial dont ils peuvent dorénavant disposer.

D'autre part, pour les raisons expliquées au texte, d'accord partiellement avec HEGNAUER (n. 13 ad 282 CC), nous excluons de l'art. 306 CC (et de l'art. 392 ch. 2 CC) les cas qui ne sont que l'exécution pure et simple d'une obligation antérieure.

(286) Lors de tout procès contre le détenteur de l'autorité parentale ou contre la personne envers qui le détenteur de l'autorité parentale a les devoirs définis au texte, le mineur doit être représenté par un curateur: EGGER, n. 6 ad 282 CC, HEGNAUER, n. 7 ad 282 CC, SILBERNAGEL, n. 4 ad 282 CC.

(287) C'est ainsi qu'à juste titre LECOULTRE (RDT 1964 p. 15 ch. 8) prévoit l'institution d'une curatelle lorsqu'il s'agit de récupérer les pensions alimentaires contre les père et mère détenteurs de l'autorité parentale, alors que la garde de l'enfant leur a été retirée et qu'il est indispensable que les frais de placement soient payés. Il est faux en revanche de considérer (comme LECOULTRE précisément, loc. cit.) que le détenteur de l'autorité parentale puisse se voir flanqué d'un curateur (nous entendons curateur de l'art. 392 ch. 2 CC) lorsque l'enfant qui lui a été confié par le

Généralement parlant, d'ailleurs, il importe peu que le conflit d'intérêts soit effectif ou virtuel. Dans tous les cas, l'effet de la manifestation de volonté est une modification de la condition juridique des intéressés. Droit, devoir, obligation, charge naissent qui n'étaient pas auparavant. Il s'agit d'établir de nouveaux rapports juridiques, ou encore d'aggraver leur exercice, ou de le faciliter.

De là une conséquence qu'il faut développer. L'opposition d'intérêts ne naît pas de l'exercice des facultés de l'autorité parentale. En effet, cette déclaration de volonté dont nous parlons présentement est la cause commune du désavantage du mineur et de l'avantage du représentant légal, ou l'inverse. C'est la condition même d'une modification de la condition juridique des intéressés (et il faut bien qu'il en soit ainsi, à défaut de quoi on ne parvient plus à comprendre pourquoi, par l'hypothèse légale même, un conflit *survient*; car dans l'hypothèse contraire, il existe toujours ou bien il ne survient jamais). Mais alors ce qui naît n'est pas une faculté (nouvelle) de l'autorité parentale, encore moins un mode d'exercice (nouveau) de celle-ci, puisque celle-ci et tout ce qui la constitue ne naît pas d'une déclaration de volonté, mais par le seul effet de la loi. Sans doute, c'est en vertu de l'autorité parentale que les père et mère peuvent, notamment, obliger l'enfant à subir leurs actions. Mais, ce qui est réputé compromettre l'exercice de ce pouvoir de disposition, ce n'est pas ce qui caractérise ce pouvoir même vu ce qui en dépend, c'est la présence possible ou effective d'un avantage, légitime, on l'a vu tout à l'heure, que le détenteur de l'autorité parentale ne peut tenir de celle-ci comme une faculté qu'elle implique ou qui en serait la caractéristique, mais d'une manifestation de volonté. C'est donc un intérêt étranger à tout ce rapport qui constitue l'opposition. D'où nous concluons immédiatement que les actes même apparemment passés sous forme de convention avec le mineur et qui relèvent de l'exercice de l'autorité parentale ne constituent pas d'opposition d'intérêts et n'appellent jamais l'application de l'art. 392 ch. 2 CC. Un exemple: si l'enfant capable de discernement et le détenteur de l'autorité parentale s'entendent sur la formation à donner à l'enfant, il n'y a point

jugement de divorce ou séparation de corps doit récupérer les pensions alimentaires contre l'autre parent. En effet, LECOULTRE explique que cette curatelle «peut se justifier en droit par une certaine opposition d'intérêts, l'inaction de la mère étant contraire à l'intérêt de l'enfant, soit par l'empêchement du représentant légal si la mère n'a pratiquement pas la possibilité d'exercer les poursuites pour une raison ou une autre». Dans un cas comme dans l'autre, lorsque les intérêts du mineur sont compromis, c'est encore une fois à l'art. 324 CC, à l'art. 307 CC et en particulier à l'art. 308 CC, voire à l'art. 311 al. 1 CC qu'il faudra recourir, puisqu'il n'y a précisément pas d'opposition d'intérêts, le débiteur d'aliments n'étant pas titulaire de la représentation légale.

d'accord de volontés générateur de droits et d'obligations (288). Le premier ne fait qu'exécuter son devoir d'élever l'enfant, sans que naisse un droit correspondant sur la tête de celui-ci. A supposer qu'il manque à ses promesses à cet égard, il y aurait lieu pour l'autorité tutélaire d'intervenir en application de l'art. 307 CC, mais pour autant, elle n'aurait pas à nommer un curateur pour faire exécuter la promesse au nom de l'enfant. On ne saurait donc dire qu'il y a conflit d'intérêts lorsque les parents ne remplissent pas les devoirs que leur imposent les art. 296 et ss CC (289). Cette carence justifie l'intervention de l'autorité tutélaire ou de l'autorité compétente appliquant les art. 307 à 377 CC, mais non pas la nomination d'un curateur chargé de représenter le mineur pour faire valoir ses droits. Plus généralement, les conflits sur les conditions d'exercice de l'autorité parentale ne constituent jamais une opposition d'intérêts et n'appellent jamais l'institution d'une curatelle (290). Ainsi, lorsque les père et mère ne consentent pas au mariage du mineur, il n'y a pas lieu de désigner un curateur pour vider le conflit. Non qu'il exerçât les droits des père et mère (c'est bien, matériellement, ce qu'il fait, sans exercer le type du pouvoir familial, ainsi que nous l'avons vu), mais parce qu'il n'existe pas de modification de la condition juridique du représentant légal qui sortirait de la déclaration de volonté (291).

Si le représentant légal est privé du pouvoir d'administrer en cas d'opposition d'intérêts, c'est en raison du danger que celle-ci représente pour les intérêts du mineur, que le représentant légal peut être

(288) C'est pourquoi nous n'admettons pas la possibilité d'un contrat de travail entre le détenteur de l'autorité parentale et le mineur, contrairement à SILBERNAGEL (n. 5 ad 282 CC). De même du reste le détenteur de l'autorité parentale ne saurait être employé du mineur dans une entreprise appartenant à ce dernier, dès lors qu'il est, en vertu de la loi (art. 403 CC), chargé de cette entreprise.

(289) Cf. n. 268.

(290) Selon LECOULTRE (RDT 1964 p. 14 ch. 6), si le père et la mère refusent de signer un contrat d'apprentissage lorsque l'enfant est apte à en faire un, l'autorité tutélaire nomme un curateur qui le signera à leur place. En outre, toujours selon lui, l'autorité tutélaire pourra imposer aux parents de faire faire des études à leur enfant qui en est capable, tout en s'efforçant de leur procurer l'aide financière si c'est nécessaire au moyen de bourses d'étude. Cette intervention (à supposer qu'elle soit justifiée en théorie, ce qu'il n'est pas notre propos de discuter ici), n'est pas relative à une opposition d'intérêts, mais à un mauvais usage (toujours par hypothèse) de l'autorité parentale. Ce sont les mesures des art. 307 ss CC qui conviennent, et non pas celles qui ne se rapportent qu'à l'administration légale et aux biens des art. 306, 392 et 393 CC.

(291) Pour la Chambre des tutelles du canton de Vaud, lorsque le tuteur veut épouser sa pupille ou que celle-ci veut épouser un proche parent du tuteur, le cas doit être soumis aux autorités de tutelle en vue d'instituer une curatelle conformément à l'art. 392 CC (RDT 1947 n° 56 p. 136). C'est que le mariage crée un statut d'obligations entre époux.

tenté de léser. Cela n'est pas le cas, et tout danger est inconcevable, lorsque la déclaration de volonté n'a d'autre effet qu'un avantage pur pour le mineur, en ce sens qu'elle ne s'accompagne pour lui d'aucun désavantage corrélatif. Dans cette hypothèse, lorsque le mineur est capable de discernement, il peut accepter sans ratification du représentant légal (art. 19 al. 2 CC); lorsqu'il ne l'est pas, le représentant légal est fondé à accepter à sa place (292); dans un cas comme dans l'autre, il n'y a pas l'ombre d'une opposition d'intérêts au sens où nous l'avons définie (293). L'exemple de ce cas est la donation pure et simple (294). En revanche, il y a opposition d'intérêts en cas de donation avec charges lorsque celle-ci consiste en un avantage pour le représentant légal (mais non si tel n'est pas le cas).

En définitive, l'opposition d'intérêts au sens de l'art. 392 ch. 2 CC procède selon nous

1° de ce que la manifestation de volonté du mineur est à l'origine commune d'un désavantage pour lui et d'un avantage pour le représentant légal;

2° de ce que, simultanément, avantage et désavantage sont l'un à l'autre comme la cause et l'effet, ou comme la condition et le conditionné;

3° de ce qu'enfin, la manifestation de volonté en cause ne procure pas au mineur un avantage pur et simple, autrement dit n'est pas l'acceptation d'un tel avantage.

3. Intérêts déterminants

Au point de vue subjectif, le cas le plus simple de l'opposition d'intérêts est celui où seul le représentant légal tire un avantage de sa déclaration de volonté. Mais on peut se demander si l'opposition d'intérêts n'existe pas aussi lorsqu'il est tenu, par une disposition

(292) Dans le même sens, HEGNAUER, n. 12 ad 282 CC et SCHIESSER, p. 61. Cf. aussi l'arrêt du Tribunal fédéral (RO 59 II n° 17) où cette autorité admet que la double représentation ou le contrat avec soi-même n'étant prohibé qu'en raison du risque de préjudice qu'il recèle, la garantie du tuteur en faveur du pupille, présentant un avantage pur pour ce dernier, ne relève ni de l'art. 306 CC, ni de l'art. 392 ch. 2 CC. Même avis aussi de GILLIARD, p. 179 (avec la doctrine et la jurisprudence citées). Voir du reste les pages 177 à 183. CURTI-FORRER (n. 8 ad 282 CC) relève que ne sont pas visés par l'art. 282 ancien CC les actes gratuits conclus avec les parents en faveur de l'enfant, même si les parents y ont intérêt.

(293) Selon le TF (RO 59 II p. 111), il n'y a pas d'opposition d'intérêts lorsque l'affaire ne procure que des avantages au mineur — ainsi lorsque le tuteur cautionne le pupille — ce qui est évidemment applicable au détenteur de l'autorité parentale et au mineur.

(294) HEGNAUER, n. 12 ad 282 et 22 ad 190 CC, et SILBERNAGEL, n. 6 ad 282 CC.

légale ou contractuelle, de veiller sur l'intérêt d'autrui (295). Ainsi, peut-on penser au devoir qu'il a en vertu du droit de famille envers son conjoint (296) ou ses autres enfants (297). Ou encore aux obli-

(295) Dans ce sens (à propos de l'application de l'art. 282 ancien CC aux actes juridiques passés entre le mineur et toute personne représentée par le titulaire de l'autorité parentale, EGGER (n. 1 ad 282 CC) et SILBERNAGEL (n. 2 ad 282 CC). L'affirmative est évidente pour le Conseil d'Etat du canton de Berne (in ZBGR 21 nº20 p. 71) pour qui le même représentant légal extraordinaire (*in casu* un curateur désigné en application de l'art. 392 ch. 2 CC) ne peut représenter les deux parties à un contrat. Dans ce sens, HEGNAUER, n. 8 ad 282 CC.

GILLIARD (p. 180/181) pense au cas où le père contracte, au nom de l'enfant, par exemple avec son frère. Pour lui, il y a doute et il pense qu'il faudra simplement rechercher si l'intérêt personnel du détenteur de l'autorité parentale était opposé à celui de l'enfant. Nous pensons, au contraire, que le conflit d'intérêts est présumé en raison de l'art. 272 CC applicable entre frère et sœur. Sur le droit de disposition attaché à la jouissance légale, cf. SIMEN (p. 21 à 24 et 37 ss).

En considérant comme déterminant l'intérêt propre du détenteur de l'autorité parentale ou l'intérêt de la personne auquel le détenteur de l'autorité parentale est tenu de veiller, nous allons moins loin que LECOULTRE, selon lequel (RDT 1964 p. 9) l'art. 306 CC s'applique aussi en cas de conventions entre l'enfant et une personne ayant des intérêts communs avec les parents ou l'un d'eux (ce que nous nions dans le cas où il y a pas obligation spéciale, en vertu de la loi ou d'une convention, de veiller aux intérêts d'autrui) notamment le nouveau conjoint du père ou de la mère investi de l'autorité parentale (nous sommes d'accord) ou si l'opération est conclue avec un tiers, mais au profit du détenteur de l'autorité parentale (nous sommes d'accord dans la mesure où le tiers avec qui le mineur contracte est tenu de veiller, en vertu de la loi ou d'un contrat, aux intérêts du détenteur de l'autorité parentale).

(296) C'est d'ailleurs bien pour cela que celui des père et mère qui n'est pas intéressé à l'acte ne peut néanmoins pas être le curateur visé par les art. 392 ch. 2 et 282 CC (EGGER, n. 13 ad 282 CC).

HEGNAUER (n. 29 a ad 274 CC) relève qu'en cas d'opposition d'intérêts, l'autorité parentale de celui qui est intéressé à la collision étant suspendue dans son exercice, son époux devrait être, à cause du lien conjugal (art. 159 à 191 CC) régulièrement envisagé comme concerné par cette affaire et incapable d'exercer seul l'autorité parentale. Ainsi, ne pouvons-nous être entièrement d'accord avec HEGNAUER, selon qui (n. 35 ad 282 CC) ne tombe pas sous le coup de l'art. 306 CC l'aliénation d'un bien du mineur à l'époux du détenteur de l'autorité parentale (HEGNAUER parle du nouvel époux), HEGNAUER ajoutant que l'art. 392 ch. 2 CC s'applique lorsqu'il y a, en pareil cas, opposition d'intérêts. Selon nous, il y a toujours opposition d'intérêts.

Dans ce sens, GILLIARD, p. 179 et n. 4, p. 180 et n. 3, EGGER n. 7 ad 282 CC. SCHIESSER (p. 78/79) relève que l'opposition d'intérêts peut naître aussitôt que l'intérêt est de nature idéale. Il cite l'exemple du détenteur de l'autorité parentale par rapport à un proche et en particulier à un époux. Nous ne sommes que partiellement d'accord avec cette vue. L'intérêt peut être de nature idéale, mais la prise en considération de cet intérêt doit être fondée sur un devoir juridique. La simple affection ne suffit pas à créer l'opposition.

(297) Dans ce sens, SILBERNAGEL (n. 2 ad 282 CC). EGGER, cependant, (n. 13 ad 282 CC) admet qu'en cas d'opposition entre frère et sœur, un seul curateur peut être désigné pour eux tous. Nous ne l'admettons pas, car il se trouve dans la même situation que le détenteur de l'autorité parentale. SCHIESSER (p. 79) considère que le détenteur de l'autorité parentale peut représenter deux des enfants d'un même mariage lorsque ceux-ci sont parties à l'acte ; cela nous paraît erroné, dès lors que l'opposition d'intérêts

gations qu'il aurait envers qui il est lié par un contrat de travail (297*bis*) ou par un mandat. On est ici dans le cas de la double représentation. Il est absurde de faire échapper cette hypothèse à l'art. 392 ch. 2 CC. En effet, la diligence due par le travailleur (art. 321e CO), le mandataire (398 CO), voire le gérant d'affaires (420 CO) est celle que l'on doit avoir *in suis*. Devant agir comme pour lui-même, il est placé, à l'égard du mineur, dans la même situation que si de sa manifestation de volonté devait procéder un avantage propre. Nous concluons donc que tout devoir légal ou contractuel du représentant légal envers un autre que le mineur crée une opposition d'intérêts qui appelle l'application de l'art. 392 ch. 2 CC aux conditions que nous venons de voir (298). Cette condition est selon nous nécessaire, mais suffisante. C'est-à-dire qu'en dehors du cas d'un devoir légal ou contractuel, il n'y a pas de conflit d'intérêts qui appelle l'application de l'art. 392 ch. 2 CC (298*bis*). Il est cependant des situations telles (que l'on pense au cas où le représentant légal

est réalisée et que la même obligation pèse sur le détenteur de l'autorité parentale de défendre les intérêts de l'un et de l'autre enfant; précisément, d'ailleurs, SCHIESSER fonde son opinion sur le fait que le détenteur de l'autorité parentale est censé tenir la balance égale entre les enfants. A tort selon nous. Cette présomption ne saurait renverser la présomption de danger pour le patrimoine des intéressés née de l'opposition d'intérêts et, par l'effet de la loi, le détenteur de l'autorité parentale se trouve dès lors dessaisi. Du reste, on se demande bien pourquoi SCHIESSER ne suit pas son opinion lorsqu'il s'agit d'enfants de lits différents. Nous ne voyons pas pourquoi, disons-nous, car les devoirs envers les enfants, naissant de l'art. 272 CC, sont indépendants du mariage dont ces enfants sont issus, de telle manière qu'en réalité il n'y aurait aucune différence dans la condition du mineur de l'un et de l'autre lit; dès lors, SCHIESSER ne devrait pas faire de distinction et étendre sa solution à tous les cas.

(297*bis*) HEGNAUER (n. 35 ad 282 CC) paraît ne pas admettre qu'il y a dans tous les cas opposition d'intérêts au sens de l'art. 392 ch. 2 CC en tout cas. Pour nous, cette opposition d'intérêts existe toujours.

(298) Dans le même sens, la Direction de justice et de police du canton d'Argovie (in ZBGR 24 p. 266 ch. 3), pour qui un curateur, au sens de l'art. 306 CC, doit être désigné au mineur qui vend (avec sa mère) un immeuble à une société anonyme dont sa mère est l'administrateur. A juste titre, selon nous, puisque la mère a envers la société anonyme un devoir de gestion loyale qui entre en opposition avec son devoir de veiller aux intérêts de l'enfant mineur.

Notre opinion est vraie même du représentant légal extraordinaire. Nous approuvons donc l'avis de la Commission de justice du canton de Lucerne que (ZBGR 37 n° 4 p. 16) pour chaque enfant mineur du vendeur au bénéfice du droit de préemption ouvert par l'art. 6 al. 1 LPR, il y a lieu de désigner un curateur-représentant spécial lorsque les intérêts des enfants mineurs peuvent se trouver en contradiction les uns avec les autres.

(298*bis*) Cependant, nous n'admettons pas l'opinion de HEGNAUER (n. 10 ad 282 CC) que ne tombe pas sous le coup de l'art. 282 ancien CC (ni apparemment de l'art. 392 ch. 2 CC, dans le cas où le représentant légal a lui-même un intérêt propre à l'affaire) l'acte juridique passé entre le détenteur de l'autorité parentale et l'autre époux, qui n'en serait pas titulaire. C'est, en effet, que le mariage crée des devoirs de l'un envers l'autre. Pour les raisons dites au texte, nous nous opposons également à l'opinion

contracterait avec le mineur au nom d'un allié, avec qui il peut avoir des liens très serrés) que l'autorité pourra intervenir, ou plutôt auxquelles elle devra s'intéresser d'office, pour prendre, s'il y a lieu, les mesures prévues par l'art. 324 CC, mais aux conditions de cet article et seulement si elles sont réalisées. *Quid* des sociétés, personnes morales, où le représentant légal participe financièrement (299)? Nous répondons que l'art. 392 ch. 2 CC est applicable à ce cas; quand bien même le représentant légal n'est pas, en outre, le représentant d'une telle société dans l'acte dont il s'agit, le mineur est néanmoins opposé d'intérêts, au sens que nous avons vu ci-dessus, avec lui. En effet, l'opération à propos de laquelle les pouvoirs du représentant légal sont suspendus n'intéresse pas nécessairement son patrimoine, mais peut concerner celui d'autrui. L'indépendance entre le patrimoine de la société et celui du représentant légal n'est pas un argument décisif pour écarter toute opposition d'intérêts entre ce dernier et le mineur. Au contraire, nous voyons la caractéristique de celle-ci dans le fait que l'avantage de la société est toujours en même temps, mais certes indirectement, celui du représentant légal. Dans tous les cas, en effet, les profits de la société sont répartis entre leurs membres d'une manière quelconque (et c'est pourquoi nous excluons de ce qui précède la société coopérative, puisque celle-ci ne distribue pas de profits) (300). Ce principe doit recevoir un tempérament en ce que la participation du détenteur de l'autorité parentale dans la société ne doit pas être insignifiante, ni pour lui, ni pour elle. Ce qui sous-entend que cette participation doit être une part de son patrimoine d'une certaine importance, et aussi une part non négligeable du patrimoine de la société. Si elle est insignifiante à ces deux égards, l'opération même entre le mineur et la société perd toute importance, car à ce degré, elle ne peut modifier suffisamment la situation économique du détenteur pour que l'opposition d'intérêts, encore qu'elle existe, crée un danger qu'il y ait lieu de prendre en considération. Les mêmes principes que ci-dessus s'appliquent lorsque c'est le mineur qui participe à une société (301).

de ce même auteur (n. 11 ad 282 CC) selon qui les actes juridiques passés avec une personne proche du détenteur de l'autorité parentale (l'exemple cité est celui des beaux-parents) tombent sous le coup de l'art. 392 ch. 2 CC.

(299) Cf. n. 277 (société en nom collectif). Pour HEGNAUER, un placement des fonds du mineur dans une entreprise où participe le représentant légal tombe sous le coup de l'art. 306 CC (n. 49 et 50 ad 290 CC).

(300) Dans ce sens, SCHIESSER (p. 79). HEGNAUER (n. 27 ad 282 CC) restreint ce que nous disons à la fondation d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite.

(301) Dans ce sens, SCHIESSER (p. 69), qui relève que lorsque seuls les capitaux du mineur participent à une entreprise, l'art. 282 CC ancien ne trouve pas d'application (et naturellement non plus l'art. 392 ch. 2 CC).

4. Patrimoine et affaires visés

Du point de vue objectif, l'art. 392 ch. 2 CC prévoyant implicitement que l'opposition d'intérêts suspend les pouvoirs d'administration et de représentation des père et mère, il est évident qu'il n'est applicable que lorsque l'opposition se réfère, du côté du mineur, au patrimoine administré par eux, à l'exception de ceux qu'ils n'administrent pas, à savoir les biens libérés (art. 321 al. 2 CC), la réserve héréditaire administrée par un tiers (art. 322 CC), le salaire de l'enfant et le fonds professionnel (art. 323 al. 1 CC).

L'art. 306 al. 2 CC et par conséquent l'art. 392 ch. 2 CC visent d'abord les actes de disposition (301 *bis*): 1° en faveur du titulaire de l'autorité parentale (par exemple les prélèvements auxquels s'applique l'art. 320 al. 2 CC); 2° en faveur d'un tiers, tenu légalement ou contractuellement envers le titulaire de l'autorité parentale de faire profiter ce dernier de l'objet de l'acte de disposition; 3° en faveur d'une société à laquelle participe le titulaire de l'autorité parentale ou un tiers placé dans la situation décrite ci-dessus. Peu importe dans tous ces cas que le titulaire de l'autorité parentale ou le tiers soit ou

Link (RDT 1965 III a) p. 4 à 6) donne l'exemple intéressant du patrimoine du mineur consistant en actions d'une société anonyme dont le père est administrateur. Link y voit (loc. cit. b) p. 6) un cas d'application de l'art. 324 CC lorsque le détenteur de l'autorité parentale épuise les réserves, les revenus et la capacité concurrentielle de la société anonyme en prélevant des honoraires, des tantièmes et des dividendes. Nous sommes parfaitement de son avis. Il ajoute cependant qu'en cette hypothèse il y a lieu d'appliquer l'art. 392 ch. 2 CC. Si Link a raison sur le premier point, il a tort sur le second. Aussi longtemps qu'un acte quelconque n'entraîne pas simultanément et corrélativement l'avantage du mineur et le désavantage de la société (et inversement) il n'y a pas d'opposition d'intérêts et pas de curatelle de l'art. 392 ch. 2 CC. La preuve en est que, pour Link, c'est un cas d'opposition d'intérêts qu'une certaine inaptitude du détenteur de l'autorité parentale à gérer la société anonyme. Il a tort là encore, puisque ainsi que nous le montrons au texte, il s'agit d'appliquer l'art. 324 CC. Cependant, il est bien exact qu'en de nombreux cas (ne serait-ce que l'attribution du bénéfice aux réserves ou aux dividendes) il y a opposition d'intérêts au sens strict entraînant la nécessité d'une curatelle. Et nous ne verrions pas d'opposition par exemple qu'on désigne un curateur pour la période où les enfants participeront à la société, ce curateur n'ayant cependant à intervenir spécifiquement que dans les actes générateurs d'opposition d'intérêts au sens strict.

(301*bis*) Dans ce sens, Hegnauer (n. 4 ad 282 CC). C'est bien ainsi que la jurisprudence et les auteurs ont compris l'art. 282 ancien CC; cf. Lecoultre, RDT 1964 p. 8 et RO 69 II 65. Pour Spitzer (RDT 1955 p.6) vu le but de protection recherché par l'art. 282 ancien CC, il semble qu'il n'y ait pas lieu de faire une différence entre acte d'obligation et acte de disposition; même avis du Tribunal fédéral, RO 69 II p. 65. Pour Spitzer (RDT 1955 p. 6/7), même un acte de disposition doit être approuvé (il donne l'exemple de la renonciation à des aliments (cf. n. 279). Cf. la Direction de la justice du canton de Zurich (in RDT 1969 n° 16 cons. 2 p. 61).

non représenté; que le mineur trouve également à l'acte, en même temps que celui en faveur de qui il dispose, un intérêt propre (302).

(302) Pour EGGER (n. 1 et 5 ad 282 CC), il est égal que l'acte de disposition soit ou non précédé d'un acte d'obligation. Pour SCHIESSER (p. 62 à 65), l'art. 282 CC ancien, soit l'art. 306 al. 2 CC actuel, ne vise pas les actes de disposition. Ses arguments sont les suivants: 1° L'acte de disposition n'est concevable que comme l'exécution d'une obligation déjà née ou comme l'exécution simultanée d'une obligation qui s'exprime par cet acte (comme dans le cas de la donation manuelle). En revanche, un acte de disposition, à l'égard de celui qui en est l'auteur, ne l'oblige pas immédiatement et au sens technique, c'est-à-dire ne l'implique pas dans un lien de nécessité juridique qui n'existe qu'en vue de son extinction. Le concept d'acte d'obligation est ainsi contradictoire au concept d'acte non obligatoire, qui, comme tel, embrasse aussi bien les actes d'attribution que les actes de disposition. Le champ d'application de l'art. 282 ancien CC étant limité aux actes d'obligation, il y a lieu d'exclure aussi bien les actes d'attribution que les actes non obligatoires; 2° Pour ce qui concerne l'acte de disposition envisagé comme l'exécution d'une obligation, on doit lui appliquer un régime analogue à celui des actes formateurs; de même que l'exercice d'un droit formateur est limité par le contenu du droit préexistant qui le justifie, l'acte de disposition par lequel on exécute une obligation est limité par l'obligation qui en est la cause, de telle sorte que si l'acte de disposition n'est pas compris dans les mêmes limites que l'acte d'obligation préexistant, il s'agit d'une rupture de contrat ou d'un abus de pouvoir de représentation; 3° Tout le monde admet que le représentant peut faire des actes de disposition à son profit en tant qu'il s'agit d'exécuter une obligation préexistante de celui qu'il représente. Il n'y a donc pas de raison d'écarter l'art. 282 ancien CC de ce principe général. De même, si le concours de l'autorité de tutelle est requis pour la création d'un droit réel restreint au profit du représentant légal, son concours, en revanche, n'est pas requis pour l'acte de disposition corrélatif à l'obligation de créer ce droit, c'est-à-dire pour l'inscription au registre foncier; 4° Dans la mesure où l'acte de disposition n'est pas l'exécution pure et simple d'une obligation, cet acte doit contenir en lui-même le lien d'obligation qui le fonde, sinon il s'agit d'un acte de disposition sans cause. C'est donc en tant qu'il contient (on dirait presque: «incorpore») un lien d'obligation que l'acte de disposition tombe sous le coup de l'art. 282 ancien CC: indirectement, médiatement, savoir par l'intermédiaire de l'acte d'obligation. En effet, selon SCHIESSER, l'acte d'obligation visé par l'art. 282 ancien CC a le même sens, indépendamment du point de savoir si l'acte d'obligation est contenu et intégré dans l'acte de disposition ou si l'acte de disposition se caractérise comme l'exécution d'un acte d'obligation antérieur.

L'erreur fondamentale de SCHIESSER est de croire que du consentement ne peuvent naître que des obligations. Il n'y a qu'à relire les arguments qui précèdent pour s'en aperevoir. Du reste, la n. 26 de la page 64 donne un exemple suffisamment éclairant à cet égard: pour SCHIESSER, toute mise en gage (acte de disposition) doit être fondée sur un contrat de gage (acte d'obligation) et ainsi sur une obligation. Or, cet axiome résulte d'une erreur fondamentale non pas sur la nature, mais sur la fonction de l'obligation. Autrement dit, l'opinion de SCHIESSER fait apparaître qu'il sait fort bien ce qu'est une obligation mais ignore complètement à quoi elle sert. Ce sont deux questions différentes. L'obligation a pour fonction de garantir l'exécution d'un engagement. Une promesse n'est génératrice d'obligation que si son auteur a l'intention de s'obliger en la faisant, c'est-à-dire de donner aux conséquences de sa manifestation de volonté le caractère inéluctable et nécessaire attaché par le droit à cette manifestation, notamment l'exécution de la promesse, cette exécution étant un acte de disposition. Il suit que lorsqu'il s'agit

Touchant les actes d'obligation, les articles en cause ne s'appliquent pas aux cas où le mineur stipule purement et simplement du

d'obligation de faire (au sens large, incluant l'obligation de donner), l'acte d'obligation implique nécessairement un acte de disposition, celui même qui fait l'objet de la promesse. L'inverse n'est pas vrai, de telle sorte qu'un acte de disposition ne postule pas nécessairement un acte d'obligation préalable. Celui qui jette un objet dans une décharge publique en fait abandon, c'est-à-dire fait l'acte de disposition qui consiste à mettre fin au rapport de propriété qui l'unit à cet objet. Cela ne suppose cependant aucune obligation préalable et la propriété prendra fin à l'égard de celui qui en était titulaire sans que quiconque ait vocation pour réclamer l'exécution de cet acte d'abandon. Certes, il n'y a pas d'acte de disposition valable sans le consentement de l'auteur, consentement qui ait pour objet même l'acte de disposition. Mais, si celui-ci fait l'objet d'une promesse et, partant, d'une obligation, il y a deux consentements, distincts à raison de leurs objets respectifs, dont l'un a pour objet le lien d'obligation, l'auteur de l'acte consentant à s'obliger, et l'autre, l'acte de disposition, l'auteur de l'acte consentant à disposer d'un rapport de droit quelconque. Comme en cas de promesse de faire l'acte d'obligation suppose un acte de disposition nécessaire, le consentement à s'obliger implique simultanément et indivisiblement le consentement à disposer. Cela n'empêche pas que la fonction de garantie de l'obligation n'a de sens que si l'acte de disposition n'est pas concomitant avec la manifestation du consentement qui le concerne ou à tout le moins ne le suit pas immédiatement. Il n'est, en effet, pas nécessaire de garantir ce qui est exécuté. Si, au contraire, ce consentement est séparé par un intervalle de temps quelconque de l'acte de disposition qui le concerne, le lien de nécessité en vertu duquel celui au profit de qui le consentement est donné peut réclamer l'exécution de cet acte, retrouve entièrement son sens et sa fonction. Il suit de là que le consentement peut porter directement sur l'acte de disposition, et non sur l'obligation. De sorte que non seulement il n'est pas nécessaire d'incorporer un acte d'obligation dans un acte de disposition, mais encore qu'en absence de toute fonction de garantie cette incorporation devient proprement inintelligible. La donation manuelle est valable, causée par l'intention libérale de son auteur, et produit tous ses effets juridiques sans qu'il y ait lieu de discerner dans cet acte un rapport d'obligation quelconque. Dès lors, comme le concept clé de l'interprétation de l'art. 282 ancien CC est l'appauvrissement du mineur (l'aggravation de sa condition juridique), il n'y a pas lieu d'opposer les actes d'obligation aux actes de disposition, puisque les premiers sont nécessairement corrélatifs des seconds et qu'ils ont, l'un à titre virtuel et médiat, l'autre à titre actuel et immédiat, pour effet cet appauvrissement. La contradiction que voit SCHIESSER dans son argument n° 1 entre les actes d'obligation et les actes de disposition est en réalité une corrélation, et du reste n'est d'aucune pertinence pour l'interprétation de l'article qui nous occupe. S'il est évident (argument n° 1 de SCHIESSER) que l'art. 282 ancien CC ne s'applique pas aux actes de disposition qui s'analysent en l'exécution d'une obligation, c'est qu'à raison de l'application des consentements que nous avons expliquée ci-dessus, l'intervention de l'autorité de tutelle prévue par cet article épuise son objet et sa fin — dans tous les cas où l'obligation a une fonction véritable — au moment où l'acte d'obligation est fait, et n'a pas à être répétée, comme sans objet, au moment où s'exécute l'acte de disposition qui lui est consécutif. Il faut répondre de la même manière au troisième argument. Il paraît enfin aventureux (argument n° 4 de SCHIESER) de dire qu'un acte de disposition qui n'est pas l'exécution d'une obligation est sans cause s'il n'incorpore pas un fondement obligationnel. Cette « incorporation » est un monstre logique, nous l'avons déjà dit ci-dessus. Du moment qu'à raison de la volonté à effet juridique de l'intéressé cet acte de disposition peut procéder d'une intention libérale ou être corrélatif soit

titulaire de l'autorité parentale, directement ou indirectement. En pareil cas, il ne fait qu'améliorer sa condition juridique, ce qu'il peut faire par sa seule déclaration de volonté, sans qu'il y ait lieu en ce cas à représentation légale, pourvu que le mineur ait le discernement, en application de l'art. 19 al. 2 CC (303). Ces articles visent, en revanche, les cas où le mineur promet: 1° au titulaire de l'autorité parentale; 2° à un tiers tenu légalement ou contractuellement envers le titulaire de l'autorité parentale de le faire profiter de la prestation promise; 3° à une société à laquelle le titulaire de l'autorité parentale ou le tiers placé dans la condition décrite ci-dessus participe (304); il est égal en pareille hypothèse que le mineur sti-

à une contre-prestation, soit à un avantage commun visé par les parties à l'acte, il a une cause juridique suffisante et le consentement qui le concerne est juridiquement valide et productif d'effet de droit. Il n'est pas nécessaire, en outre, qu'en l'absence d'une fonction de garantie ce consentement doive s'analyser comme le consentement à s'obliger. Sur ce que SCHIESSER (p. 65/67) considère comme des actes de disposition nés d'un rapport de représentation indirecte entre le détenteur de l'autorité parentale et le mineur, cf. n. 114.

Que l'application de l'art. 282 ancien CC soit également nécessaire tant pour un acte de disposition que pour un acte d'obligation est reconnu d'ailleurs par la jurisprudence (cf. RO 69 II p. 65, 38 II p. 447; 65 II p. 110, Conseil d'Etat du canton du Valais, ZBGR 37 n° 13 p. 54).

Pour SPITZER (RDT 1955 p. 6) vu le but de protection recherché par l'art. 282 ancien CC, il semble qu'il n'y ait pas lieu de faire une différence entre acte d'obligation et acte de disposition; même un acte de disposition doit être approuvé (il donne l'exemple de la renonciation à des aliments).

(303) Ne tombe évidemment pas sous le coup de l'art. 306 CC le cas où le mineur stipule purement et simplement, c'est-à-dire s'enrichit (art. 19 al. 2 CC), ainsi que le remarque SCHIESSER, p. 61. Reste cependant réservé le cas de la donation mixte (SCHIESSER, p. 62). Le même auteur *(loc. cit.)* relève à juste titre que ne sont pas des donations mixtes les actes d'attribution où le disposant conserve des droits restreints de nature réelle ou personnelle; SCHIESSER cite à cet égard un transfert de propriété sous réserve d'un droit d'usufruit permanent; la donation d'un immeuble concomitamment avec la création d'une lettre de rente; un prêt d'argent sous la condition que le capital restera investi dans l'entreprise de l'attribuant, portant ou non intérêt.

(304) Dans ce sens GILLIARD, p. 180, HEGNAUER (n. 6 et 12 ad 282 CC) et EGGER (n. 3 et 8 ad 282 CC). Cependant, c'est à tort selon nous que EGGER admet la possibilité d'un contrat d'apprentissage entre le détenteur de l'autorité parentale et le mineur. Il n'y a pas de contrat, l'apprentissage étant réglé par le titulaire de l'autorité parentale. De même, nous n'admettons pas la possibilité d'un contrat de travail entre le titulaire de l'autorité parentale (employé) et le mineur (titulaire d'une entreprise). Un tel contrat est incompatible avec l'extension de plein droit de l'administration légale à l'entreprise du mineur (art. 403 CC).

Pour SCHIESSER (60/61), l'art. 282 ancien CC ne vise que les actes juridiques bilatéraux, à savoir les contrats. Il fait valoir quatre arguments: 1° Le texte même de l'art. 282 ancien CC impose sa solution, car on ne saurait parler d'un acte juridique unilatéral quant au mineur «entre les père et mère et l'enfant»; 2° Le contrat est typique

pule ou non titulaire de l'autorité parentale, du tiers, ou de la société. Il est égal aussi que le tiers ou le titulaire de l'autorité parentale ou la société soient ou non représentés, ou encore que le titulaire de l'autorité parentale, le tiers, la société ou le mineur soient créanciers ou débiteurs en même temps qu'une autre personne (305). Peu

du conflit d'intérêts dans la mesure où il crée des droits subjectifs des parties les unes contre les autres; cette opposition d'intérêts fait défaut dans les actes unilatéraux, dont le type est l'exercice d'un droit formateur, car dans ce cas il n'y a pas formation d'un droit, mais exercice d'un droit préexistant; 3° C'est encore plus vrai si l'on songe aux décisions touchant deux personnes: ont peut parler de *« Vertragsgegner »*, mais non de *« Beschlussgegner »*; 4° Enfin, l'art. 282 ancien CC est analogue à l'art. 422 ch. 7 CC, qui parle de contrat. Il n'y a donc pas lieu de donner à l'art. 282 ancien CC une extension différente de celle de l'art. 422 ch. 7 CC. Les arguments de SCHIESSER ne sont pas convaincants et du reste on s'en aperçoit à voir la nature hétéroclite de ces arguments.

La ligne de démarcation entre l'art. 282 ancien CC et l'art. 392 ch. 2 CC ne passe pas en réalité par le caractère unilatéral ou bilatéral de l'acte juridique, mais par sa nature d'acte de disposition (ou d'acte d'obligation ayant trait à un acte de disposition). Dans la mesure où l'on peut concevoir un acte de disposition unilatéral — tel que par exemple le paiement par intervention (art. 68 CO) — on constate que les notions d'acte bilatéral et d'acte de disposition n'ont ni la même compréhension, ni la même extension. Il en résulte que l'argument n° 2 de SCHIESSER est exact, et qu'en effet l'exercice d'un droit formateur relève de l'art. 392 ch. 2 CC et non de l'art. 282 ancien CC. Mais c'est que l'exercice d'un droit formateur ne consiste pas en un acte de disposition, et non point parce que l'exercice d'un droit formateur serait un acte juridique unilatéral. On peut raisonner d'une manière analogue sur l'argument n° 3. Cela montre en tout cas que l'argument n° 4 est entièrement erroné, dans la mesure où l'on peut faire à propos de l'art. 422 ch. 7 CC le même raisonnement qu'à propos de l'art. 282 ancien CC. Quant à l'argument n° 1, sa force n'est qu'apparente, puisque ce que l'art. 282 ancien CC vise, ce sont les actes de disposition qui intéressent deux patrimoines, à savoir celui du détenteur de l'autorité parentale et celui du mineur. Dès que cette condition est réalisée (elle l'est aussi bien dans le paiement par intervention que dans un contrat), l'art. 282 ancien CC trouve son application à raison de l'intention et du but de cet article. Cela dit, il est bien exact que les actes juridiques unilatéraux qui ne sont pas des actes de disposition, ne tombent pas sous le coup de l'art. 282 ancien CC, mais relèvent de l'article de l'art. 392 ch. 2 CC. Mais la nouvelle rédaction de l'art. 306 al. 2 CC enlève tout intérêt à cette remarque.

(305) Dans ce sens, SCHIESSER (p. 75/76). SCHIESSER remarque, à juste titre (p. 76) que l'auxiliaire de l'autorité parentale perd également ses pouvoirs en cas d'opposition d'intérêts.

A juste titre, selon nous, le Service juridique du registre foncier valaisan a considéré que tombe sous le coup de l'art. 306 al. 2 CC. 1° La constitution d'un droit de gage sur un immeuble d'un enfant mineur en faveur du détenteur de l'autorité parentale (débiteur, le détenteur de l'autorité parentale; constituant, le mineur). 2° La constitution d'un tel droit de gage sur un bien d'une hoirie comprenant un mineur, en faveur du détenteur de l'autorité parentale (débiteur, le détenteur de l'autorité parentale; constituant, l'hoirie). 3° La constitution d'un droit de gage sur les biens d'une hoirie comprenant un mineur et le détenteur de l'autorité parentale pour garantir une dette souscrite par l'hoirie (débiteur, l'hoirie; constituant, l'hoirie). Cf. ZBGR 50 n° 29 cons. 2 p. 245.

importe aussi que le mineur trouve à l'acte un intérêt propre (306).

Ces articles s'appliquent enfin au cas où le mineur promet à un tiers qui n'est pas lié de la façon qu'on on vient de décrire au titulaire de l'autorité parentale et stipule pour ce dernier. Pour ramener ce cas aux hypothèses auxquelles a trait l'art. 306 al. 2 CC, il convient de se rappeler que l'obligation a pour fonction juridique de garantir l'exécution d'un engagement. Une promesse proprement juridique n'a ce caractère que parce que son auteur a l'intention de s'obliger juridiquement en la faisant, c'est-à-dire de donner aux conséquences de cette manifestation de volonté le caractère inéluctable et nécessaire attaché par le droit à cette manifestation et, parmi ces conséquences, notamment l'exécution de la promesse. Toute obligation a une cause, à savoir la considération d'un engagement juridique qu'en corrélation du sien propre on l'obtient de la partie à qui l'on promet. En d'autres termes, on garantit à l'autre un enrichissement sous quelque forme que ce soit en corrélation avec la garantie de celui qu'on vise à enrichir qu'il enrichira à son tour le promettant. Dans le cas où le mineur s'oblige au profit du titulaire de l'autorité parentale, la garantie assurée par l'obligation a pour cause un enrichissement de ce dernier. Or, la situation normale lorsqu'il n'y a pas d'intention libérale est que l'auteur de la garantie doit obtenir par là un enrichissement touchant son propre patrimoine, si bien que la garantie et l'enrichissement de celui qui la donne sont en principe indissociablement liés. L'obligation du mineur, dissociée de son enrichissement propre et associée à celui du titulaire de l'autorité parentale, représente ainsi une situation anormale dans la mesure où ce dernier est enrichi sans cause qui lui soit propre, à savoir sa propre obligation. Cela nous permet de conclure que tout acte d'obligation de l'enfant est soumis à

(306) C'est pourquoi le Conseil d'Etat du canton de Berne (in ZBGR 36 n° 8 p. 69) a jugé que l'art. 282 ancien CC s'applique lorsque le détenteur de l'autorité parentale et le mineur contractent une dette solidairement et engagent en garantie de cette dette les immeubles qu'ils possèdent en main commune. En pareil cas, en effet, le mineur s'oblige et engage son immeuble au profit du détenteur de l'autorité parentale. De même le Tribunal fédéral, ZBGR 36 n° 19 p. 114.

Selon le Service juridique du registre foncier valaisan, pour admettre un engagement pris dans l'intérêt du père ou de la mère, il suffit que juridiquement l'engagement de l'enfant puisse favoriser le détenteur de l'autorité parentale, sans que l'on se soucie de savoir si réellement et de quelle manière l'affaire lui procure un avantage (ZBGR 50 n° 29 cons. 2 p. 245). Nous approuvons ce qui précède, mais avec des nuances. 1 Il suffit, en effet, d'un engagement de l'enfant et du profit du détenteur de l'autorité parentale, sans que ce profit appartienne exclusivement à ce dernier, mais 2 l'engagement de l'enfant n'a pas besoin, pour tomber sous le coup de l'art. 306 CC, de favoriser *juridiquement* le détenteur de l'autorité parentale. Il suffit que la contre-prestation du tiers qui contracte avec le mineur passe dans le patrimoine du détenteur de l'autorité parentale.

l'art. 306 al. 2 CC lorsque l'enrichissement corrélatif à cette obligation ne touche pas le patrimoine du mineur (307).

(307) Ou ne le touche que partiellement. Dans ce sens, nous admettons l'intercession, avec HEGNAUER (n. 30 ad 282 CC) lorsque l'intérêt du détenteur de l'autorité parentale à l'acte juridique est prépondérant sur celui de l'enfant. Mais, dans ce sens seulement. Ainsi, du cas (HEGNAUER, n. 31 ad 282 CC) où le mineur contracte un prêt dont la valeur est mise à disposition des père et mère; ainsi, encore, le paiement par intervention du mineur d'une dette des parents (HEGNAUER, n. 34 ad 282 CC). En revanche, nous ne voyons pas une intercession dans le fait que le patrimoine du mineur est affecté à une entreprise gérée en son nom (cf. HEGNAUER, n. 32 ad 282 CC, qui y voit une intercession). En effet, l'art. 403 CC est ici applicable. Cela est conforme à l'opinion du Tribunal fédéral (TF, 2e Cour civile, 16 juin 1939, RUDOLF RO 65 II nº 20 cons. 1 p. 113 à 115) selon qui l'opération visée à l'art. 282 ancien CC est dans l'intérêt des parents lorsque le mineur garantit une dette de ses père et mère; qu'il s'oblige et que la prestation cause de cette obligation soit destinée à passer dans le patrimoine des père et mère. Lorsque, en revanche, cette contre-prestation ne quitte pas son patrimoine, on ne peut plus parler d'obligation dans l'intérêt des parents et c'est dans son propre intérêt que le mineur agit, même si le droit de jouissance légale des père et mère doit s'étendre à la chose acquise. Le Tribunal fédéral fait une remarque, *ob iter dicta*, certes, moins heureuse, lorsqu'il dit qu'il y aurait lieu d'appliquer l'art. 282 ancien CC à un acte juridique que le détenteur de l'autorité parentale passerait au profit du mineur, désastreuse pour ce dernier, mais liée, au moins de loin, à un avantage pour lui, et qu'il ferait néanmoins l'affaire en considération de cet avantage. Dans ce cas, selon nous, c'est l'art. 324 CC qu'il faut appliquer.

Le prêt contracté par le mineur pour l'avantage (économique) du détenteur de l'autorité parentale est visé par l'art. 282: Cour d'appel de Berne in ZBGR 14 nº 20 p. 90 ch. 3. Il en est de même dans le cas du père qui emprunte au nom de son enfant en hypothéquant les immeubles de ce dernier (SJZ 15/1918/19, p. 386 nº 45). Le produit du prêt revient en réalité au père, qui en profite.

Dans notre sens, LECOULTRE remarque (RDT 1964 p. 8/9) que dans le cas d'intercession, il faut adopter la conception la plus favorable à l'enfant et considérer que l'art. 282 ancien CC s'applique non seulement aux actes d'intercession évidents qui selon leur contenu et la commune volonté des parties apparaissent tels, mais aussi aux actes qui sans présenter ce caractère ont l'intercession comme but, c'est-à-dire aux actes d'intercession tacites ou voilés. Cependant, la sécurité des relations juridiques demande que le tiers soit protégé (ajoute LECOULTRE), s'il est de bonne foi, mais celui-ci doit se montrer vigilant. La nullité de l'acte passé sans l'assistance d'un curateur et l'approbation de l'autorité tutélaire peut lui être opposée non seulement s'il a connu son caractère d'intercession, mais aussi s'il devait le connaître, si vu les circonstances cet acte devait normalement éveiller ses soupçons; dans ce sens, outre LECOULTRE que nous citons, EGGER, n. 9 et 10 ad 282 CC et Tribunal fédéral, RO 45 II 121. Pour nous, la sécurité des relations juridiques, c'est-à-dire l'intérêt des affaires, n'est d'aucune pertinence ici, à peine de voir l'exception dévorer la substance des mesures de protection du patrimoine du mineur. En définitive, on doit considérer le détenteur de l'autorité parentale comme un représentant sans pouvoir et le traiter comme tel (art. 38 CO et ss).

Comme enfin il est nécessaire que l'enrichissement corrélatif et l'obligation du mineur touchent le patrimoine du détenteur de l'autorité parentale et que cet enrichissement doit procéder d'un acte juridique (acte de disposition ou acte d'obligation) d'accord avec SCHIESSER (p. 74/75) nous excluons de l'art. 282 ancien CC les actes juridiques par lesquels le détenteur de l'autorité parentale tire un avantage accidentel de la prestation qui est la contrepartie de l'obligation ou de la disposition du mineur.

§ 3. L'enfant conçu (art. 393 ch. 3 CC)

Certes, l'art. 393 ch. 3 CC vise une gestion de biens, ainsi que l'indique le début de l'article, et non pas, comme l'art. 392 CC, une simple représentation. Mais nous avons vu que la différence est nulle, car le «représentant légal» empêché peut fort bien se voir empêché de faire des actes de gestion nécessaires au nom du mineur, ce qui signifie, ainsi que nous l'avons vu, que le curateur dit de représentation de l'art. 392 ch. 3 CC peut fort bien se voir également investi d'un mandat de gestion.

C'est dire que l'art. 393 ch. 3 CC est une simple extension, au cas de l'enfant conçu, des règles établies à l'art. 392 ch. 2 et 3 CC.

TROISIÈME PARTIE

Les mesures correctives

La troisième et dernière partie de cet ouvrage est consacrée aux mesures correctives, dont la caractéristique est de ne prendre effet que par une décision de l'autorité de tutelle. Aussi allons-nous examiner successivement les règles d'action des autorités de tutelle, applicables à toutes les mesures ouvertes à celle-ci par la loi, puis, dans l'ordre croissant des restrictions qu'elles apportent aux facultés des père et mère, l'obligation de présenter des comptes et des rapports périodiques, qui tendent exclusivement à l'information de l'autorité de tutelle; les mesures protectrices proprement dites, qui peuvent toucher plus ou moins profondément les pouvoirs matériels et l'autonomie des père et mère; le retrait de l'administration et ses analogues, mesures qui atteignent le plus gravement le titulaire de l'autorité parentale sous réserve de la déchéance de l'autorité parentale. Nous n'examinerons celle-ci qu'en rapport avec l'administration légale. Enfin, un dernier titre sera consacré à la relation réciproque des mesures protectrices et aux causes qui en amènent la fin.

TITRE PREMIER

Les règles générales d'action des autorités de tutelle

Avant de passer à l'étude des mesures protectrices du patrimoine du mineur, il nous paraît utile de faire quelques remarques sur les règles générales d'action de l'autorité de tutelle (307*bis*).

L'autorité parentale en définitive est la forme de l'aide que les père et mère procurent à l'enfant du chef du lien familial qui les unit. Elle a pour fin le plus grand avantage du mineur, ce qui, en matière patrimoniale, réside dans l'intégrité, la sûreté et la productivité de ses capitaux et dans l'affectation de ses revenus à son entretien et à son éducation. Quant aux moyens qu'ils ont à prendre, nous avons dit plus haut dans quelle mesure ils relèvent de leur appréciation ou au contraire par laquelle ils leur sont imposés. Lorsqu'il y a défaut d'adaptation des moyens aux fins — quel qu'en soit le mode — la fonction familiale perd sa raison d'être et avec elle les caractéristiques — notamment l'autonomie - qui lui sont propres. C'est alors que l'intervention de l'autorité de tutelle est justifiée. C'est à propos de cette intervention que nous entendons relever ici un point important.

L'autorité de tutelle titulaire, dans sa compétence, du pouvoir étatique, intervient au titre du bien commun de la société politique qui est la raison d'être, le but et la mesure de son activité et des pouvoirs dans lesquels celle-ci se résout. Or, le bien commun, dans la société politique, c'est l'ordre juste des relations entre les sociétés qui relèvent d'elle par subordination, ou entre les personnes considérées absolument. Dans la famille, ce qui importe au bien commun politique, c'est précisément le juste rapport entre l'autorité parentale (que nous considérons ici sous les espèces de l'administra-

(307*bis*) Sur ces règles générales, cf. HEGNAUER (n. 36 à 55 ad 283 CC et 13 ad 297 CC ainsi que les renvois).

tion légale) et sa finalité. Il en résulte que c'est comme relation que la fonction familiale relève, à titre premier, et directement, du bien commun, et par conséquent de l'action des autorités de tutelle; quant aux termes de cette relation, c'est-à-dire les père et mère et le mineur, ils ne relèvent de l'un et de l'autre que secondairement et indirectement, et en tant que cela est nécessaire pour corriger ce qu'il y a d'insuffisant dans la manière dont le pouvoir et l'autorité sont exercés par les père et mère. Même dans le cas de la déchéance de l'autorité parentale c'est à la relation qu'il est mis fin.

De là les conséquences que voici:

1) Que l'action de l'autorité de tutelle tende à corriger ce qu'il peut y avoir d'inadéquat ou d'abusif dans le rapport d'autorité suppose que ce rapport continue d'exister. L'autorité ne peut donc se substituer entièrement aux père et mère en tous domaines et reprendre à son compte, si l'on ose dire, l'autorité parentale. L'autorité publique est la gardienne de l'ordre juste dans les rapports entre les collectivités et entre les personnes, mais à ce titre, elle n'est ni ne devient sujet de ces rapports (307 *ter*).

2) L'action de l'autorité consiste à redresser ce qui est défaillant et cela exclusivement. *A contrario*, elle n'a aucune vocation à intervenir là où il n'y a rien à redresser: en pareil domaine l'autorité parentale subsiste intacte avec les facultés et toutes les caractéristiques qui s'y rattachent (308).

3) Le principe précédent s'entend non seulement des facultés qui n'appellent aucune correction ni aucun redressement par l'action de l'autorité, mais encore de ce qui, dans l'exercice d'une faculté considérée isolément, n'appelle aucune correction; l'autorité tutélaire doit donc se préoccuper, dans la mesure où l'exercice de l'administration légale est imparfait, de ne rien retrancher à cet exercice autant qu'il est convenable à son but et de compléter ce qui manque pour qu'il y soit parfaitement adapté. En particulier, l'action de l'autorité tutélaire doit tendre à la collaboration active avec les père et mère selon que ces derniers veulent et peuvent collaborer.

4) Lorsqu'il y a nécessité de prendre une décision qui entrave ou prohibe l'exercice de facultés qui peuvent rester dans la compétence des père et mère, l'autorité de tutelle doit prendre les dispositions complémentaires qui permettent à ces derniers de continuer l'exercice des facultés qui leur restent ou du moins dans la plus large mesure compatible avec le but à atteindre.

(307 *ter*) Dans ce sens les remarques d'EGGER, n. 10 ad 283 CC.

(308) Cf. sur ce point RITTMEYER p. 19. Sur le danger d'une intervention trop étendue, cf. SCHIESSER (p. 15).

5) Ce n'est qu'à défaut de correction possible que l'autorité tutélaire peut disposer soit du rapport lui-même (exemple: déchéance de l'autorité parentale), soit de l'objet de ce pouvoir, ici le patrimoine du mineur. Il est à relever à ce propos que les mesures correctives de l'autorité parentale sont contradictoires avec la déchéance de celle-ci: elles supposent le maintien de cette autorité et ne visent que son exercice et non sa titularité; la déchéance vise la titularité elle-même et non l'exercice. Par là, elle ne peut pas être considérée comme la plus grave des décisions restrictives de l'exercice de l'autorité parentale, mais comme une mesure singulière, irréductible à toute autre et relevant d'ailleurs d'une catégorie différente.

La fonction tutélaire que l'autorité exerce de la manière que nous venons de dire est soumise à la même nécessité d'adéquation aux buts assignés par la loi à l'administration légale que la fonction familiale. Il en résulte que l'autorité tutélaire peut et doit prendre, de toutes les mesures possibles, celle qui, rentrant dans la compétence de l'autorité agissant du chef du bien commun et respectant par conséquent les principes que nous venons de voir ci-dessus, est la plus adéquate au but visé.

Le danger couru par le mineur étant la cause de l'intervention, c'est donc l'aptitude de la mesure à écarter ce danger qui est décisive au premier chef. Nous entendons par là que seules entrent en considération les mesures propres à assurer le but poursuivi. C'est la mise en œuvre de cette mesure qui doit obéir aux règles de complémentarité que nous avons vues. Celles-ci permettront le choix entre plusieurs mesures également nécessaires, adéquates et possibles (309).

(309) Même avis dans SCHIESSER (RDT 1946 p. 88). Cf. cet auteur (Thèse p. 133), quant au principe de proportionnalité et p. 127/128 quant à l'aptitude de la mesure à écarter le danger encouru. Dans cet ordre d'idées, il fait remarquer à juste titre que les mesures de protection du patrimoine doivent viser le seul mineur dont le patrimoine est en danger (p. 133/134).

TITRE DEUXIÈME

Les comptes et rapports
(art. 318 al. 3 et 322 al. 2 CC)

L'art. 318 al. 3 CC autorise l'autorité tutélaire, lorsqu'elle le juge opportun en raison du genre des biens du mineur ou de leur importance, ainsi que de la situation personnelle du titulaire de l'autorité parentale — et de l'administration légale, cela va sans dire —, à ordonner à ce dernier de remettre périodiquement des comptes et des rapports. D'un autre côté, l'autorité tutélaire peut astreindre le tiers à qui le disposant a remis l'administration de la réserve héréditaire du mineur à présenter périodiquement un rapport et des comptes, en vertu de l'art. 322 al. 2 CC. Il y a lieu ainsi d'expliquer les conditions, la portée et les effets de ces deux dispositions.

Chapitre premier

Les conditions de la mesure

Section 1 : En cas d'administration par le titulaire de l'autorité parentale

§ 1. Généralités

Les conditions que l'on va examiner ci-après séparément sont cumulatives, et non alternatives. La lettre de l'art. 318 al. 3 CC le ferait sentir d'entrée par l'emploi de la conjonction «et», mais plus encore l'esprit. C'est la situation des père et mère qui est la condition principale, et l'autre lui est subordonnée, en ce qu'elle se borne à limiter l'applicabilité de la mesure aux patrimoines dont la consistance et la nature appellent l'attention de l'autorité. Celle-ci en conséquence ne s'occupera pas des patrimoines minimes ou insignifiants, quelle que soit la situation du titulaire de l'autorité parentale; inversement, lorsque celle-ci n'appelle aucune attention particulière, et ne permet de rien appréhender pour le patrimoine du mineur, ni le genre ni l'importance des biens de celui-ci ne permettent, à eux seuls, l'intervention de l'autorité. Séparément, donc, les conditions énoncées à l'art. 318 al. 3 CC ne sont pas opérantes.

§ 2. Le danger encouru par le patrimoine du mineur

On pourrait s'étonner de voir ici mentionner en premier lieu un élément dont ni le texte légal ni l'exposé des motifs ne font aucune mention. Cependant, l'art. 324 al. 2 CC ouvre à l'autorité parentale une consignation et des sûretés si, d'une part, l'administration diligente n'est pas suffisamment assurée (art. 324 al. 1 CC) et que, d'autre part, les comptes et le rapport périodiques ne suffisent pas. Ne suffisent pas à quoi, sinon à réorienter l'administration légale

vers ses fins légitimes, l'intégrité, la sûreté, la productivité du patrimoine du mineur, sinon dès lors à écarter la perte d'un élément du patrimoine ou sa dépréciation au-delà de l'usure normale, ou le fait que tel élément du patrimoine ne produit plus ou pas les fruits naturels ou civils qu'il devrait porter, ou enfin le détournement des revenus de ce patrimoine par leur affectation à d'autres fins que l'entretien et l'éducation du mineur (310)?

Si donc l'astreinte à des rapports et à des comptes a pour but d'éloigner ce danger, il est logique de conclure que c'est cette fin que le législateur a en vue chaque fois qu'il établit cette obligation — et notamment à l'art. 318 al. 3 CC —. Du reste, il serait absurde d'imaginer qu'elle puisse être imposée à un titulaire de l'autorité parentale qui donnerait toute garantie soit par lui-même, soit par le choix de ses auxiliaires, relativement à sa bonne gestion du patrimoine de l'enfant. Si le législateur n'a pas mentionné expressément cette condition dans la loi, c'est qu'il entendait dispenser l'autorité tutélaire désireuse d'appliquer l'art. 318 al. 3 CC d'établir que les père et mère manquaient effectivement à leurs devoirs d'administrateurs (311); il ne suit pas que le danger encouru par le patrimoine du mineur n'est pas une condition implicite de la mesure prévue à l'article qui nous intéresse.

(310) Exemple, in SJZ 35/1938/39, p. 125 n° 21 cons. 3 (décision du Conseil d'Etat du canton de Lucerne). L'intervention de l'autorité tutélaire est justifiée quand les parents font les prélèvements sur le capital du mineur (art. 320 al. 2 CC) sans requérir l'approbation de l'autorité tutélaire (Conseil d'Etat du canton de Soleure in RDT 1964 n° 16 p. 98 cons. 3). En l'absence de tout danger, nous ne pouvons partager l'opinion de Link (RDT 1965 p. 14 ch. V/d) que si le détenteur de l'autorité parentale est unique, et que ce dernier et ses enfants forment une société ou que les enfants soient dans une large mesure créanciers du détenteur, le devoir de l'autorité tutélaire et du curateur est de prendre des dispositions pour garantir les enfants, ce qui comporte selon l'auteur cité le devoir de se faire présenter à intervalles réguliers le compte de pertes et profits et le bilan de l'entreprise et de désigner un curateur aux enfants chargé de surveiller la marche de l'entreprise en contrôlant ces pièces. Il va sans dire que cette situation ne présente pas de danger par elle-même.

(311) Cf. le Message de 1974 (p. 91): «D'après le droit actuel, l'autorité tutélaire ne peut intervenir que lorsque les père et mère manquent à leurs devoirs (art. 297 CC). Mais dans ces cas, l'intervention a lieu généralement trop tard. C'est pourquoi l'article 318, 3e alinéa, du projet, permet à l'autorité tutélaire, lorsqu'elle le juge opportun vu le genre ou l'importance des biens de l'enfant ou la situation personnelle des parents, d'ordonner la remise périodique de comptes et de rapports», et page 93: «Le droit qu'a l'autorité tutélaire d'exiger d'une manière générale un rapport et des comptes périodiques, suivant les circonstances objectives et subjectives du cas particulier et *sans avoir à prouver que les parents manquent à leurs devoirs (art. 318, 3e al. du projet)*, a déjà été signalé.» (C'est nous qui soulignons.)

§ 3. Le genre ou l'importance des biens

On remarquera que l'emploi d'une conjonction alternative («ou») fait que chacune des sous-conditions ainsi opposées (le genre des biens et leur importance) est suffisante et autorise, de soi, l'intervention de l'autorité tutélaire.

A. *Le genre des biens*

Dès le moment où les obligations des père et mère sont matériellement celles des tuteurs, la différence spécifique ne résultant que de l'absence dans le cas des premiers de tout ce qui soumet les seconds au contrôle de l'autorité tutélaire, et dès le moment où figurent des obligations particulières liées à l'existence dans le patrimoine du mineur de certains biens ou de certaines catégories de biens; dès le moment aussi où le but de la mesure que nous étudions présentement est de soumettre l'administration du titulaire de l'autorité parentale au contrôle de l'autorité tutélaire, il est logique de conclure que l'art. 318 al. 3 CC, en se référant au genre des biens, vise les biens ou catégories de biens à l'existence desquels les règles applicables à l'administration légale, qu'il s'agisse du tuteur ou du titulaire de l'autorité parentale, attachent des obligations particulières à la charge de l'un comme de l'autre. Partant, l'art. 318 al. 3 autorise l'intervention de l'autorité tutélaire chaque fois que le patrimoine du mineur comprend

— des titres (art. 399 CC), savoir des actions, obligations, cédules, reconnaissances de dettes, titres hypothécaires, bons de jouissance, coupons, carnets d'épargne, etc., puisque le titulaire de l'administration légale a l'obligation — comme le tuteur — d'en assurer le dépôt en lieu sûr; des objets de prix (art. 399 CC), qui, sans être des titres, incorporent une grande valeur: bijoux, antiquités, œuvres d'art, etc., pour les mêmes raisons que ci-dessus;

— d'autres objets mobiliers que ceux qui précèdent et qui ont pour le mineur ou sa famille une valeur d'affection (art. 400 al. 2 CC), puisqu'ils ne sont vendus qu'exceptionnellement, c'est-à-dire lorsque leur aliénation est rendue nécessaire en vue de l'entretien et de l'éducation du mineur;

— des créances qui ne sont pas garanties suffisamment (art. 402 al. 1 CC), puisqu'elles doivent être converties en placements sûrs (même article), en temps opportun et de manière à sauvegarder les intérêts du pupille (art. 402 al. 2 CC);

— des entreprises commerciales ou industrielles (art. 403 CC),

puisqu'il doit être décidé si elles seront liquidées ou continuées — et à quelles conditions —;

— des immeubles (art. 404 CC), puisqu'ils doivent être aliénés en dernier lieu et avec de grandes précautions, dès lors qu'ils forment en principe le fond principal d'un patrimoine.

Tout bien examiné, cette sous-condition est si générale qu'elle ne nous paraît pas avoir une importance prépondérante. Ce qui confirme ce que nous avons dit tout à l'heure, savoir que c'est en définitive la situation personnelle du titulaire de l'autorité parentale qui est décisive.

B. *L'importance des biens*

A première vue, cette sous-condition se résout en un critère purement quantitatif dont l'application serait aisée, si l'on devait en conclure que l'autorité tutélaire est autorisée à appliquer l'art. 318 al. 3 CC aussitôt que le mineur serait titulaire d'un patrimoine d'une valeur considérable.

Cependant, c'est à notre sens une vue incomplète. Il faut considérer en effet que le patrimoine du mineur se compose, d'une part, de capitaux qui sont en nature d'indemnités représentatives du devoir d'entretien, capitaux destinés à se consommer successivement pendant la minorité, de sorte que seule leur affectation à l'entretien du mineur a de l'importance (art. 320 al. 1 CC); d'autre part, d'autres capitaux qui sont étrangers à cette affectation — contrairement aux intérêts qu'ils produisent — et qui, en vertu de l'art. 326 CC, sont soumis à restitution lorsque la minorité prend fin; seule donc cette restitution a de l'importance.

A cela s'ajoute que l'application de l'art. 318 al. 3 CC dépend de la condition implicite (cf. § 2 ci-dessus) d'un danger de perte ou de dépréciation — notamment. Selon la catégorie de capitaux qui encourt ce danger, c'est l'affectation à l'entretien du mineur qui est compromise, ou la restitution en fin d'administration légale.

A supposer maintenant qu'il y ait lieu d'intervenir, la nécessité est d'autant plus urgente que le patrimoine du titulaire de l'autorité parentale lui permet moins de remplacer ce qu'il a perdu ou détérioré du patrimoine du mineur, et ainsi d'assurer à celui-ci, pendant sa minorité, l'entretien que lui permettaient les capitaux grevés d'affectations à cette fin, ou de restituer la contre-valeur du capital qu'il aurait dû remettre au mineur à l'expiration de ses pouvoirs d'administrateur légal. Cette incapacité à indemniser le mineur est même d'autant plus grave que le patrimoine de ce dernier était plus considérable. Mais inversement, la nécessité d'intervenir est, pour l'autorité tutélaire, moins urgente lorsque le patrimoine du titulaire

de l'autorité parentale paraît suffire manifestement à réparer la perte ou la dépréciation que le patrimoine du mineur a soufferte.

On nous permettra d'en conclure que l'importance des biens du mineur permet d'appliquer l'art. 318 al. 3 CC lorsqu'elle est telle qu'à vue humaine il ne sera pas possible, ou même pas facile, au titulaire de l'autorité parentale, attendu sa propre situation patrimoniale, de remplacer des biens du mineur qui encourent un danger de perte ou de dépréciation. Ce n'est donc pas la valeur absolue du patrimoine du mineur qui sert de critère pour l'application de l'article qui nous intéresse, mais sa valeur comparée à celle du patrimoine propre au titulaire de l'autorité parentale, lorsqu'il résulte de cette comparaison que la restitution est impossible ou difficile à ce dernier, soit pendant la minorité lorsqu'il s'agit de capitaux affectables à l'entretien du mineur, soit enfin d'administration légale lorsqu'il s'agit des autres capitaux.

Cette condition réalisée, le genre des biens n'a pas d'importance.

§ 4. La situation personnelle du titulaire de l'autorité parentale

Il est nécessaire que le risque encouru par le patrimoine du mineur soit imputable au titulaire de l'autorité parentale (312). En effet, l'on ne saurait restreindre les droits des père et mère ou les astreindre à une surveillance en raison d'évènements dans la présence ou l'absence desquels ils ne sont pour rien. Et de plus, la mesure prise par l'autorité tutélaire manquerait son but, puisqu'elle ne permettrait aucunement d'éviter leur retour; si les mesures ouvertes à l'autorité de tutelle sont destinées à corriger ou à suppléer l'action des père et mère, il faut bien que ce soit en des domaines où l'action leur est possible. Dans ceux où elle leur est impossible, il faut, nous l'avons vu, les remplacer par l'institution de la curatelle et la nomination d'un curateur (313).

(312) Ainsi, le Conseil d'Etat du canton d'Argovie (in RDT 1955 n° 8 p. 69) relève-t-il à juste titre que les mesures de l'art. 297 CC ancien ne peuvent être prises que si l'on peut craindre un danger pour le patrimoine du mineur *consécutif aux plans et intentions des parents* (c'est nous qui soulignons, réd.) et aussi consécutif à un manquement des père et mère à leurs devoirs (Conseil d'Etat du canton de Soleure, in RDT 1963 n° 12 cons. 3 p. 60).

(313) On doit donc pouvoir imputer un danger précis à une intention ou un acte précis des père et mère (cf. Conseil d'Etat du canton de Soleure, in RDT 1963 n° 12 p. 57 et 1964 n° 16 p. 98). Schiesser écrit (p. 129) que le danger encouru par le patrimoine du mineur prend un caractère concret lorsqu'il peut être rapporté à un élément individuel de la personnalité ou de l'activité du titulaire de l'autorité parentale. Il ne suffit donc pas d'une possibilité éloignée (Cf. Schiesser p. 127/128 n. 18).

Le dommage ou son risque doit pouvoir être imputé aux père et mère en personne, ou à l'auxiliaire qu'ils ont choisi. Car ils répondent des actes de ce dernier, ayant le pouvoir de lui donner les instructions et directions nécessaires. Plus encore, ils répondent du choix de leur auxiliaire. Mais lorsque c'est l'auxiliaire qui est responsable de la situation qui provoque l'intervention de l'autorité tutélaire, des mesures ne peuvent être prises contre les parents que s'ils ne peuvent ou ne veulent choisir un autre auxiliaire (à supposer là encore que ce choix leur soit possible; si cela leur est impossible pratiquement et qu'il leur soit également impossible d'agir, on est dans un cas de curatelle) (314). Il n'est pas nécessaire en revanche que le danger soit imputable au titulaire de l'autorité parentale — ou à son auxiliaire — au titre d'un manquement aux devoirs liés à l'administration légale (315).

A notre sens, la situation personnelle du titulaire de l'autorité parentale justifie l'application de l'art. 318 al. 3 CC dans cette première catégorie de cas où l'exercice de celle-ci a lieu dans des conditions anormales — par rapport à l'hypothèse que la loi envisage comme normale en investissant les père et mère de l'autorité parentale, qui est celle du mariage des père et mère —. C'est en effet que dans ce seul cas la famille est entièrement constituée et adaptée aux fins qui sont les siennes, notamment, quant à l'enfant, son éducation et la garde diligente de ses biens. C'est le seul cas aussi où les époux peuvent se prêter l'appui, le conseil et la surveillance auxquels ils sont mutuellement astreints. Lorsque la famille n'est plus constituée sous cette forme, l'anomalie autorise l'intervention des autorités de tutelle. Nous l'avons déjà dit en examinant la mesure prévue à l'art. 318 al. 2 CC et nous renvoyons à cette partie de notre ouvrage. Il en résulte que, pour les mêmes raisons, la mesure que nous étudions présentement doit être aussi appliquée. A cela s'ajoute qu'il serait proprement incohérent qu'une fois établie la surveillance de l'autorité de tutelle, dont le premier acte est l'inventaire, cette surveillance ne pût continuer sous une forme

(314) Dans ce sens, SCHIESSER p. 128 et HEGNAUER, n. 55 ad 297 CC. Selon LINK (RDT 1965 p. 7), l'auxiliaire choisi par le père ne peut remplacer le père à qui manque la volonté et la capacité d'administrer que jusqu'à un certain degré et aussi dans la mesure où il à l'égard du détenteur de l'autorité parentale une indépendance suffisante et qu'il remplit ses devoirs, objectivement, convenablement. A supposer que le père ait choisi un auxiliaire qui ne remplisse pas ces conditions, le danger pour le patrimoine du mineur n'est pas moindre que si le détenteur de l'autorité parentale n'avait personne pour l'assister.

Dans notre sens, TENCHIO p. 90. Il faut donc toujours, ainsi que le remarque BINDSCHEDLER (p. 129), que le titulaire de l'autorité parentale soit incapable de choisir un auxiliaire compétent.

(315) Cf. n. 311.

adéquate par l'application de l'art. 318 al. 3 CC de telle manière que l'autorité fût mise en mesure de s'informer des modifications que l'administration légale apporte nécessairement au contenu de l'inventaire. Il serait contradictoire de maintenir les renseignements dus à l'autorité dans l'état où ils sont en début d'administration légale par le titulaire unique de l'autorité parentale, et de prétendre que le but de ces renseignements est de permettre à l'autorité d'intervenir en tout temps, sans lui permettre d'avoir une idée précise de ce que l'écoulement du temps a modifié dans la consistance et la nature du patrimoine à surveiller et à protéger. En d'autres termes, l'art. 318 al. 3 CC doit être appliqué dans tous les cas où l'art. 318 al. 2 CC l'a été. Pour l'énumération de ces cas, nous renvoyons à ce que nous avons dit ci-dessus (316).

Deuxième catégorie de cas où selon nous l'art. 318 al. 3 CC doit être appliqué: ceux où le titulaire de l'autorité parentale a été mis au bénéfice d'une autorisation de prélèvements, au sens de l'art. 320 al. 2 CC. L'autonomie du titulaire de l'autorité parentale en effet n'existe qu'en vue de l'exécution de ses devoirs légaux et dans la mesure qu'elle implique. Lorsqu'en revanche le titulaire est investi en application de l'art. 320 al. 2 CC d'une faculté qu'il n'a pas, de même qu'il dépend de l'autorité tutélaire dans l'exercice de son pouvoir, semblablement en dépend-il dans l'exercice de celui-ci. A cet égard, sa position n'est pas différente de celle d'un curateur chargé d'une mission spéciale ou du tuteur qui bénéficie d'une autorisation particulière, en rapport avec l'un des article 399 à 404 CC. De même que ces derniers sont tenus de rendre compte de l'usage qu'ils ont fait des pouvoirs qu'ils ont reçus, de même le titulaire de l'autorité parentale doit-il faire connaître à l'autorité tutélaire l'emploi des prélèvements qu'il a été autorisé à faire. Dans cette perspective, il va sans dire que c'est aux prélèvements seulement que s'étend l'obligation établie par l'art. 318 al. 3 CC, et non, par conséquent, à tous les biens gérés par les père et mère. Cette application partielle de l'art. 318 al. 3 CC ne soulève cependant aucune difficulté. Aussi bien l'autorité tutélaire peut-elle légalement appliquer cette disposition selon l'opportunité, ce qui, on le verra, lui permet pour de justes motifs de ne soumettre le titulaire de l'autorité parentale à cette forme de surveillance que pour une partie du patrimoine géré. Ainsi, dans le cas qui nous occupe, les père et mère dresseront des comptes et des rapports sur l'importance des prélèvements qui leur seront autorisés en application de l'art. 320 al. 2 CC et sur l'affectation précise de ces prélèvements.

(316) Cf. 2e partie, titre II, chap. 1, par. 1.

Troisième série d'hypothèses, la situation personnelle des père et mère nous paraît justifier l'application de l'art. 318 al. 3 CC dans les cas suivants:

1) Lorsque les parents sont incapables de gérer leurs biens convenablement, cet état de fait autorise l'autorité tutélaire à imposer une curatelle à l'intéressé (art. 393 ch. 2 CC), ou, selon la volonté de ce dernier, s'il est plus collaborant, d'instituer une curatelle (art. 394 CC) ou une tutelle (art. 372 CC). Dans ce dernier cas, conformément à l'art. 296 al. 2 CC, l'interdiction pourrait emporter déchéance de l'autorité parentale, et par conséquent, déchéance du pouvoir d'administrer le patrimoine du mineur. Or, dans les deux autres hypothèses, la situation est la même, ce qui démontre que la mesure prise en définitive, en dehors de la curatelle imposée de l'art. 393 ch. 2 CC, dépend entièrement de la volonté de l'incapable. Il reste que les conditions sont identiques dans les trois cas. On constate alors qu'en présence de la même situation, nécessitant qu'il soit pourvu à la gestion des biens de l'incapable, il dépend entièrement de la volonté de celui-ci d'être interdit (art. 372 CC), d'être cas échéant déchu de l'autorité parentale sur ses enfants et par conséquent de perdre l'administration de leurs biens. Il serait incohérent d'appliquer l'art. 311 al. 1 CC dans un seul cas et de ne prendre aucune mesure dans les autres. En effet, les articles 296 al. 2 et 311 al. 1 CC sont fondés sur cette considération que celui qui est incapable de gérer ses biens et de pourvoir à sa propre personne est également incapable de la faire pour ce qui concerne les biens et la personne d'autrui. Mais cette considération est justifiée par l'incapacité elle-même et les événements qui la manifestent, et non pas par la mesure qui sanctionne cette incapacité. C'est donc tout aussi vrai lorsqu'il n'y a pas d'interdiction et il y a lieu d'appliquer l'art. 318 al. 3 CC lorsque les parents sont mis au bénéfice d'une curatelle de l'art. 393 ch. 2 ou se placent sous curatelle volontaire au sens de l'art. 394 CC. Il faut en effet remarquer que dans le cas de ces deux articles, la déchéance de l'autorité parentale ne se justifie nullement. D'une part, en effet, la loi ne l'étend point au cas de curatelle. D'autre part, l'incapacité à gérer ses biens — et ceux du mineur — n'autorise pas du même coup à conclure à l'incapacité de pourvoir aux soins que réclame la personne de celui-ci.

2. A plus forte raison la même solution s'impose-t-elle lorsqu'il n'existe pas de cause suffisante pour interdire les parents et si néanmoins une privation partielle de l'exercice des drois civils est commandée par leur intérêt (art. 395 CC). L'autorité, en pareil cas, peut prononcer leur interdiction partielle et les pourvoir d'un conseil légal, qu'il s'agisse d'un conseil légal coopérant ou d'un

conseil légal gérant. La réalisation des conditions prévues à l'art. 395 CC n'entraîne pas, au regard de l'art. 296 al. 2 CC, la déchéance de l'autorité parentale, puisque l'interdiction partielle de l'art. 395 CC n'est pas l'interdiction visée à la disposition en cause et la nomination d'un conseil légal au détenteur de l'autorité parentale n'est pas à elle seule un motif de prononcer sa déchéance. Partant, rien n'astreint à ôter au titulaire de l'autorité parentale l'administration des biens du mineur, alors précisément que l'incapacité des intéressés à gérer leurs propres biens amène leur interdiction partielle (317). En pareille hypothèse, pas plus que dans les hypothèses précédentes, il n'y a lieu d'admettre facilement que les personnes incapables de gérer leurs biens soient capables de gérer ceux des mineurs.

3. Nous irons même plus loin : il faut admettre un péril des biens de l'enfant dans tous les cas où les père et mère ne peuvent, ou ne savent gérer convenablement leurs propres biens, ou sont empêchés de le faire, quand bien même aucune mesure d'interdiction ou de curatelle n'est prise à leur égard. En effet, on peut là encore se fonder sur l'expérience pour admettre que l'incapacité subjective des parents a pour corollaire vraisemblable le péril objectif des biens du mineur. Il n'est cependant pas nécessaire selon nous que ce péril soit concret. La simple constatation de l'incapacité des parents, sans même avoir à préciser les conséquences possibles sur le patrimoine du mineur, est suffisante (317*bis*).

4. Au cas d'incapacité des parents, nous entendons joindre le cas de leur insolvabilité. La doctrine et la jurisprudence ont admis ce point de vue (318). Nous entendons même le fonder sur l'analo-

(317) Celui qui est placé sous conseil légal gérant est un interdit partiel. Cf. la circulaire du Tribunal cantonal vaudois du 26 juin 1956 in RDT 1958 p. 36.

Selon TARAKCIOGLU (p. 98), lorsque le détenteur de l'autorité parentale est sous conseil légal coopérant, le conseil légal devrait coopérer aux affaires énoncées sous ch. 1 à 9 de l'art. 395 CC à l'égard des biens de l'enfant. Cette proposition va dans le sens de notre opinion.

(317*bis*) Dans ce sens, SCHIESSER (p. 128 n. 19) qui se réfère à l'arrêt du Tribunal fédéral publié au JdT 1914 p. 403. Pour BOZER (p. 37), la fortune de l'enfant est en péril lorsque le parent, unique administrateur légal, n'a pas les qualités nécessaires pour gérer un patrimoine important.

(318) Par exemple, TENCHIO, p. 90 et n. 1, et SCHIESSER (Thèse, p. 128 et RDT 1946 p. 46) pour qui on peut admettre un danger pour le patrimoine de l'enfant en cas de faillite du détenteur de l'autorité parentale ou de délivrance d'actes de défaut de biens contre lui.

Ainsi, en outre, le Conseil d'Etat du canton de Soleure (SJZ 16/1919/20 p. 255 n° 152) et le Conseil d'Etat du canton de Berne, qui admet que les père et mère soient placés sous la surveillance que l'autorité tutélaire exerce sur les tuteurs parce que les époux sont en faillite (ZBGR 14 n° 21 p. 93 ch. 2).

gie avec la situation des époux. En effet, d'une part, il est bien évident que l'insolvabilité des parents est une situation où ceux-ci éprouvent une tentation très vive de confondre leur propre patrimoine avec celui des enfants et de s'autoriser à des actes illicites sur ce patrimoine. Là encore, on peut parler d'une véritable présomption de fait, enseignée par l'expérience générale. D'autre part, l'insolvabilité d'un époux a ou peut avoir pour effet la séparation de biens et par conséquent l'administration du patrimoine de la femme est soustraite au mari. Nous voyons mal comment il n'y aura pas lieu à intervention de l'autorité tutélaire s'agissant du patrimoine des mineurs (319). C'est ainsi que selon nous on pourra appliquer l'art. 318 al. 3 CC aux cas d'insolvabilité de l'un des parents (art. 183 ch. 3 et 184 ch. 1 CC) et de perte des créanciers dans la faillite d'un époux (art. 182 al. 1 CC) — si ce n'a été fait auparavant dès qu'il est apparu d'une manière quelconque que l'un des parents est insolvable —.

Ce que nous venons de dire ne suppose pas, bien entendu, que d'autres mesures que l'application de l'art. 318 al. 3 CC ne puissent être prises — ce qui serait soutenir que celle-ci est toujours suffisante. Nous entendons simplement relever ici qu'elle est toujours nécessaire, et que, partant, elle doit être ordonnée, à tout le moins, lorsque sont réunies les conditions que nous examinons ici.

5. L'art. 318 al. 3 CC trouve encore application non seulement lorsque le titulaire de l'autorité parentale, incapable lui-même, ne peut ou ne veut confier l'administration du patrimoine du mineur à un auxiliaire compétent, mais aussi lorsqu'en fait il remet cette administration, à long terme ou pour une durée indéterminée, à un tiers, lorsque la gestion de ce tiers n'est pas contrôlée en fait.

La fortune de l'enfant, selon BOZER (p. 37), est en péril en cas de saisie pratiquée contre le détenteur, de mise en faillite ou d'insolvabilité. Il cite aussi le cas de départ à l'étranger des parents, qui rend plus difficile le contrôle de l'autorité, ou de mise en gage des biens de l'enfant par les père et mère pour se procurer de l'argent.

Dans notre sens SILBERNAGEL (n. 8 ad 297 CC). SILBERNAGEL admet même cela lorsque des traites ne sont pas payées à l'échéance par le détenteur de l'autorité parentale.

Pour discuter un exemple d'EGGER (n. 4 ad 282 CC), si nous n'admettons pas que le détenteur de l'autorité parentale puisse passer un contrat de travail ou tel autre contrat analogue avec le mineur, contrat où il serait employé et le mineur employeur, à charge pour lui de gérer l'entreprise du mineur, dès lors que l'administration légale s'étend de plein droit aux entreprises de l'enfant (art. 403 CC). Nous admettons que la faillite du détenteur de l'autorité parentale prend une importance considérable lorsque précisément les entreprises du mineur sont soumises à son administration légale.

(319) Dans ce sens, BINDSCHEDLER (p. 128), selon laquelle il est ordinairement indiqué, lorsque la séparation de biens judiciaire a été prononcée à la requête de l'épouse, de prendre les mesures adéquates en vue de protéger le patrimoine de l'enfant.

Nous ne faisons d'ailleurs que généraliser ici un régime que l'art. 322 al. 2 CC établit pour l'administration de la réserve successorale du mineur. Les motifs pertinents qui ont conduit à introduire l'art. 322 al. 2 CC nous paraissent avoir une valeur générale. Voici donc nos raisons.

Lorsqu'un disposant soustrait à l'administration des père et mère la réserve de l'enfant (art. 322 al. 1 CC), on peut supposer que ces motifs ne relèvent pas de la pure chicane ou d'une animosité mal fondée, mais qu'ils sont raisonnables et sont fondés en dernière analyse sur l'incapacité ou la mauvaise volonté des père et mère en matière de gestion — de la réserve dans l'hypothèse de l'art. 322 al. 1 CC, mais aussi bien de tout le patrimoine dans notre perspective —. C'est pourquoi l'administration est confiée à un tiers. Celui-ci à son tour peut appartenir à la famille et, dans ce cas, il profitera de la présomption d'aptitude que connaît la loi lorsqu'il y a lieu de pourvoir à l'assistance personnelle à une personne ou à l'administration de son patrimoine. Lorsque le disposant remet à un tiers l'administration de la réserve du mineur, on peut supposer qu'il l'a bien choisi, et que c'est précisément en raison de ses qualités de gérant qu'il a sa confiance.

Mais il n'est pas possible de raisonner de même lorsque l'incapacité du titulaire de l'autorité parentale est manifeste: il faut au contraire se demander de cas en cas si l'inaptitude des père et mère ne s'étend pas au choix d'un gérant. Ce d'autant plus qu'il n'y a aucune raison de penser que la surveillance sur son auxiliaire du titulaire incapable vaille mieux que sa gestion personnelle. Comment en effet celui qui ne sait pas mesurer la nature et la portée de ses actions ou de ses omissions deviendrait-il brusquement capable de le faire lorsqu'il s'agit d'autrui?

Or, normalement, la gestion du patrimoine d'autrui fait l'objet d'un contrôle. L'administrateur conventionnel est légalement tenu de suivre les instructions de son mandant, de les demander s'il y a lieu, et de rendre compte de sa gestion. L'administration légale du mari n'est autonome qu'en ce qui touche l'administration ordinaire. Pour les actes qui dépassent celle-ci, l'accord du titulaire du patrimoine géré est nécessaire — ce qui en principe ne va pas sans explications du gérant —. L'administration légale du tuteur et du curateur donne lieu, selon le cas, à ratification des autorités de tutelle et à des rapports et comptes — et cela, même si c'est un membre de la famille qui est tuteur ou curateur en raison de la présomption d'aptitude dont nous avons parlé ci-dessus —.

Dans le cas où l'administration de la réserve du mineur est remise à un tiers en application de l'art. 322 al. 2 CC, on se trouve devant cette anomalie au regard du droit commun que la gestion

n'est en principe pas soumise à surveillance. Non pas celle du disposant — et pour cause, non pas celle des père et mère — qui certes doivent l'assurer en vertu du devoir général d'entraide de l'art. 272 CC — mais dont on peut penser raisonnablement qu'ils ne peuvent l'exercer en fait de manière adéquate, précisément pour les raisons qui les ont fait écarter de l'administration. Certes, dans le cas de l'art. 322 al. 2 CC, on peut présumer que le choix de l'auxiliaire est judicieux de la part du disposant. Mais on a vu plus haut que ce n'est pas possible lorsqu'il s'agit de la gestion confiée par des père et mère incapables de gérer par eux-mêmes.

A notre avis, l'art. 318 al. 3 CC doit permettre de remédier à cette anomalie. Nous admettons donc qu'il y a lieu d'astreindre les père et mère à provoquer la remise de comptes et de rapports périodiques par tout tiers auquel ils se remettent à long terme ou pour une durée indéterminée du soin de gérer le patrimoine du mineur, lorsqu'ils sont incapables de gérer eux-mêmes ou qu'ils ne le veulent pas, et qu'ils ne peuvent — ou ne veulent — contrôler la gestion de ce tiers. Pour des raisons qui se comprennent d'elles-mêmes, il y a lieu de faire exception lorsque le tiers est un établissement désigné en application des dispositions d'exécution du CC pour recevoir la garde de valeurs pupillaires ou pour recevoir des fonds au titre de placement pupillaire.

6. Il nous paraît enfin justifié d'appliquer l'art. 318 al. 3 CC chaque fois que le titulaire de l'autorité parentale est, à ce titre, appelé à administrer la succession échue au mineur qui lui a succédé (art. 541 al. 2 CC) parce que son auteur est indigne d'être héritier ou d'acquérir par disposition à cause de mort (art. 540 al. 1 CC). Il s'agit simplement de coordonner cette hypothèse avec celle de l'exhérédation (art. 477, 478 al. 3 et 480 al. 1 CC): dans ce cas en effet, le titulaire de l'autorité parentale serait, vu le décès du disposant, astreint à des comptes et rapports périodiques en application de l'art. 322 al. 2 CC.

§ 5. L'opportunité de la mesure

Si l'on nous a suivi jusqu'ici et que l'on veuille bien admettre que les conditions légales sont bien celles que nous avons entendu dégager, on admettra aisément avec nous que le critère de l'opportunité ne se rapporte pas tant au principe de la mesure qu'à son étendue.

On aurait tort de voir dans l'application de l'art. 318 al. 3 CC quelque chose d'identique à la surveillance exercée sur les tuteurs, pareille mesure ne pourrait être prise qu'en cas de péril des biens de

l'enfant. En effet, les comptes et les rapports du tuteur ont la fonction bien précise de permettre à l'autorité tutélaire, non seulement d'apprécier, mais aussi d'approuver sa gestion, avec effet libératoire. Cette approbation est un élément de la responsabilité de l'autorité de tutelle à l'égard du pupille. Rien de pareil lorsque, en vertu de l'art. 318 al. 3 CC, l'autorité tutélaire soumet le détenteur de l'autorité parentale à l'obligation de fournir des comptes et des rapports (ou un inventaire), ce que nous prouverons plus amplement ci-après. Il ne s'agit nullement d'approuver sa gestion, les mesures prises par la disposition qui nous occupe ne tendant en aucun cas à soumettre cette gestion à une quelconque approbation de l'autorité tutélaire, qui serait un concours au sens des art. 421 et 422 CC, et cela en dehors des cas prévus par la loi. La production de l'inventaire ou de comptes et de rapports n'a d'autre but que l'information de l'autorité. Il en résulte que, contrairement au cas du tuteur, qui doit fournir comptes et rapports sur l'ensemble des biens soumis à sa gestion, quels qu'ils soient, les comptes et rapports fournis par le détenteur de l'autorité parentale peuvent ne concerner que les biens pour lesquels l'autorité tutélaire a prescrit cette mesure. En effet, l'autorité n'a pas nécessairement à surveiller toute la gestion du détenteur de l'autorité parentale ni tous les biens soumis à celle-ci. Selon sa prudence, elle peut restreindre cette obligation, soit à certaines catégories de biens, soit à certaines opérations. Le tout est soumis à la règle de l'adaptation des moyens à leur but.

Si l'on se réfère à ce que nous avons dit ci-dessus, le sens de la clause d'opportunité apparaît mieux. Il appartient à l'autorité tutélaire d'appliquer l'art. 318 al. 3 CC dans la mesure suffisante et nécessaire pour écarter le danger qu'encourt le patrimoine du mineur — c'est-à-dire les biens et opérations qui appellent cette mesure —. De même, l'autorité pourra renoncer à cette mesure si le but visé par celle-ci peut être atteint — et est atteint effectivement — par ailleurs, c'est-à-dire lorsque l'administration qui incombe aux père et mère est en fait assurée par un tiers qui offre toutes garanties, c'est-à-dire, selon ce que nous avons dit ci-dessus, lorsque ce tiers est un établissement légalement ou réglementairement désigné pour conserver des valeurs pupillaires ou chez qui le placement de fonds est un placement pupillaire, ou lorsque ce tiers lui-même a recouru aux services d'un tel établissement.

Section 2: En cas d'administration par un tiers

§ 1. Généralités

A. *Les biens libérés*

Le propos de notre ouvrage ne nous permet pas de nous attarder sur la définition et l'étendue des biens libérés. Nous renvoyons sur ce point à ce que d'autres en ont dit (320). Nous tenons cependant à dire quelques mots de la réserve héréditaire qui peut désormais en vertu de l'art. 322 al. 1 CC être soustraite à l'administration des père et mère (321). La question était auparavant discutée (322).

Lorsque le mineur acquiert à titre purement gratuit un patrimoine en vertu d'un testament ou d'un pacte successoral — seuls actes auxquels peut être corrélative la notion de réserve (cf. art. 481 al. 2 CC) —, il est possible d'assimiler cette attribution à une libéralité, quand bien même sa cause juridique est la mort du disposant, et non pas, comme ce serait le cas s'il y avait donation entre vifs, l'intention libérale du donateur. Néanmoins, l'assimilation est permise en raison du caractère purement gratuit, de la part du mineur, de l'acquisition, ainsi que du motif du donateur ou du disposant, qui est dans les deux cas d'enrichir le mineur sans contrepartie. Cette assimilation à une libéralité ouvre au disposant le droit de soustraire le patrimoine ainsi attribué à l'administration des père et mère, en vertu de l'art. 294 al. 2 CC ancien. Cette assimilation cependant est du moins possible lorsque la valeur de ce patrimoine ne dépasse pas la quotité disponible. Lorsqu'en revanche cette valeur représente sa réserve, l'assimilation est moins aisée, parce qu'il est difficile — voire impossible — de considérer que le motif de l'attribution est l'intention d'enrichir le mineur.

Il ne peut en être ainsi en tout cas si on considère que la réserve — qui fonctionne en technique juridique comme une restriction à la jouissance des droits civils en la personne du disposant — a pour motif une affectation prioritaire du patrimoine de ce dernier à ses ascendants et descendants, à ses frères et sœurs ou à un conjoint, qui donne à ceux-ci une expectative sur ce patrimoine. Faute de pouvoir faire cette assimilation, le régime que l'art. 294 al. 2 CC ancien restreint aux libéralités n'est pas applicable à la réserve héré-

(320) Cf. n. 36.

(321) Cf. Message de 1974 p. 92.

(322) Cf. Hegnauer, n. 15 ad 294 CC avec les renvois et id., SJZ 1967, p. 301 et 317 ss.

ditaire du mineur. Il existe dès lors des cas où l'administration d'un patrimoine échu au mineur en vertu d'un testament ou d'un pacte successoral ne pourra être soustraite au titulaire de l'autorité parentale que pour partie, savoir à concurrence de la quotité disponible, alors même que les motifs d'appliquer l'art. 294 al. 2 CC ancien ont toute leur valeur indépendamment de la partie du patrimoine considérée. C'est une anomalie et elle se fait jour notamment lorsque le titulaire de l'autorité parentale est exhérédé en application de l'art. 477 ou de l'art. 480 al. 1 CC. Dans ce cas, le mineur a droit à la réserve comme si son auteur était prédécédé (art. 478 al. 3 CC) et le titulaire de l'autorité parentale administre le patrimoine dont il a été exhérédé. L'anomalie est encore plus remarquable si l'exhérédé l'a été pour insolvabilité et qu'il administre, lui insolvable, la succession dont il a été exhérédé au profit de ses enfants (art. 480 al. 1 CC). L'anomalie existe encore lorsque le titulaire de l'autorité parentale est divorcé du disposant et qu'il administre un patrimoine sur lequel il a perdu par le divorce toute vocation successorale.

L'art. 322 al. 1 CC supprime cette anomalie et ouvre au disposant le droit de soustraire à l'administration du titulaire de l'autorité parentale la part successorale du mineur, qu'elle soit prise sur la quotité disponible du disposant ou qu'elle représente la réserve de l'enfant. En d'autres termes, les art. 321 al. 2 et 322 al. 1 CC disposent notamment que le patrimoine échu à un mineur par succession testamentaire ou par un pacte successoral peut être entièrement soustrait à l'administration des père et mère. Il eût d'ailleurs été plus simple de le dire ainsi.

B. *La gestion des biens libérés*

En pareil cas, qui est appelé à gérer ce patrimoine? Et, d'une manière plus générale, qui est appelé à gérer les biens libérés? On a le choix entre le mineur lui-même, s'il est capable de discernement (323), un curateur investi par les autorités de tutelle ou un tiers.

Selon nous, capable ou non de discernement, ce ne peut jamais être le mineur, sauf autorisation des autorités de tutelle. Voici pourquoi. Dès le moment où la capacité de l'enfant soumis à l'autorité parentale est la même que celle du mineur sous tutelle (art. 305 al. 1 CC), la capacité d'exercice du mineur est définie exhaustivement par les art. 412 et 414 CC. L'art. 412 CC n'est d'aucune pertinence pour la question qui nous occupe, puisqu'il traite de la capacité du pupille en rapport avec l'exercice d'une profession ou d'une industrie.

(323) C'est la solution de CORNAZ; cf. n. 36.

L'art. 414 CC non plus, dans la mesure où il parle de biens acquis par le travail du pupille. Reste la gestion des biens «laissés à (la) disposition (du pupille)» selon l'art. 414 CC.

Ces biens peuvent être laissés au pupille par le tuteur ou provenir des libéralités de tiers (324). Dans ce dernier cas, ces biens sont l'équivalent des biens libérés de la femme (art. 190 al. 1 CC) ou du mineur (art. 323 al. 2 CC). Cette identité de la condition des biens — soustraits dans tous les cas à la gestion de l'administrateur légal — et de la diversité de la condition des titulaires de ces biens — la femme ayant le plein exercice de la capacité civile, mais non pas le mineur sous l'autorité parentale ni le pupille — font comprendre que les dispositions légales qui instituent des biens libérés ne regardent que le statut de ceux-ci, mais non pas la condition de celui qui en est titulaire. Cela est donc vrai aussi de l'art. 414 CC. Il suit que cet article n'a pas d'autre portée que de soustraire leur administration au tuteur — et, par extension, au titulaire de l'autorité parentale —, mais non pas d'étendre l'exercice de la capacité civile du pupille ou du mineur sous l'autorité parentale, dont cette disposition ne s'occupe pas. L'art. 414 CC n'est donc — quant à la capacité d'exercice du pupille – qu'une disposition d'application de l'art. 410 CC: si le pupille a la faculté de gérer librement le patrimoine libéré, c'est en vertu de l'autorisation du tuteur, et dans les limites de celle-ci (325). En définitive, le mineur sous l'autorité parentale, comme le pupille, tient du consentement de son tuteur ou du titulaire de l'autorité parentale le droit de gérer le patrimoine libéré et de disposer des biens qui le constituent.

Il ne la tient pas d'une autre source, notamment pas de la loi ou de la volonté du disposant.

A supposer donc que l'enfant administrât son patrimoine libéré, il ne le ferait qu'en vertu de l'autorisation du titulaire de l'autorité parentale. Il ne pourrait tenir son droit, en particulier, du disposant, que ce soit entre vifs (art. 321 al. 2 CC) ou à cause de mort (art. 322 al. 1 CC). La volonté de ce dernier ne peut dès lors avoir que cet effet négatif d'enlever à l'administrateur légal la gestion des biens libérés, elle ne saurait avoir cet effet positif d'investir le mineur d'un droit d'administration qui ne lui serait déféré qu'aux conditions qu'on vient de voir ci-dessus. Dire le contraire serait conférer au disposant la faculté de délimiter la capacité d'exercice du mineur sous l'autorité parentale (comme celle du mineur sous

(324) Cf. Curti-Forrer, n. 1 ad 414 CC; Tuor p. 280; Kaufmann n. 5 à 7 ad 414 CC; Egger n. 3 et 4 ad 414 CC.

(325) Dans notre sens Egger n. 7 ad 414 CC; contra, Kaufmann n. 11 ad 414 CC.Cf. Cornaz cité à la note 36.

tutelle ou de l'interdit d'ailleurs), ce qui serait une pure absurdité, tant il est permis de penser que cette question ne saurait qu'être soustraite au pouvoir de disposition des particuliers.

Lorsque le disposant n'exclut l'administration que de l'un des père et mère titulaire de l'autorité parentale, c'est l'autre qui administre seul (326): à notre avis il y a lieu alors de lui appliquer l'art. 318 al. 2 CC par analogie (327). Si l'administration lui est retirée ou qu'il vienne à décéder, il y a lieu à curatelle, puisque le mineur est exclu pour les raisons qu'on a vues ci-dessus (328), et que l'administration du patrimoine qui lui est attribuée n'incombe à personne (art. 393 *pr* CC).

Pour les mêmes motifs, il y a lieu à curatelle en application de l'art. 393 *pr* CC lorsque le disposant exclut l'un et l'autre titulaire de l'autorité parentale et qu'il ne désigne personne pour administrer, ou qu'il se borne à requérir l'institution d'une curatelle sans désigner un titulaire de la charge.

A titre d'administrateur du patrimoine libéré, le disposant peut désigner lui-même (329), le mineur, le titulaire de l'autorité parentale, un tiers (330). On relèvera simplement ici que la désignation du mineur n'est opérante en droit qu'à la triple condition que ce dernier ait le discernement voulu pour gérer le patrimoine libéré, que le titulaire de l'autorité parentale ne défend pas d'accepter la libéralité en application de l'art. 241 al. 2 CO, qu'enfin il autorise l'enfant à administrer le patrimoine libéré. Il faut distinguer en effet, d'une part, le fait de ne pas s'opposer à la libéralité, qui a pour conséquence de faire entrer celle-ci dans le patrimoine du mineur, d'autre part le consentement à la gestion par ce dernier,

(326) Dans ce sens HEGNAUER, n. 42 ad 294 CC.

(327) Cf. deuxième partie, tit. 2, chap. 1, par. 1. Les motifs sont en effet les mêmes: un seul des père et mère a l'administration légale, la situation est identique à cet égard au cas où il n'a qu'un détenteur de l'autorité parentale.

(328) Pour BINDSCHEDLER, si personne n'administre le patrimoine libéré au sens de l'art. 294 ancien CC, il y a lieu de désigner un curateur de gestion au sens de l'art. 393 CC (p. 105). *Contra*, HEGNAUER n. 46 ad 294 CC. Cet auteur admet (et CORNAZ cf. n. 36), contrairement à EGGER (cf. n. 325), que l'attribution au mineur d'un patrimoine libéré étend sa capacité d'exercice à la gestion de ses biens. Dans notre sens, mais uniquement si l'enfant n'a pas le discernement voulu, HEGNAUER n. 51 ad 294 CC (avec les renvois). Curieusement (HEGNAUER et CORNAZ cf. n. 36), ils admettent que le curateur n'a que la gestion du patrimoine libéré et non la représentation du mineur pour ce qui concerne les biens.

Ce point de vue nous paraît insoutenable. Nous nous référons à ce que nous avons dit dans la deuxième partie, titre 2, chapitre 3, section 1, paragraphe 1. Pour nous, en matière de gestion du patrimoine du mineur les pouvoirs internes et les pouvoirs externes coïncident — c'est du reste également vrai en matière de tutelle —.

(329) Dans ce sens, HEGNAUER n. 43 ad 294 CC.

(330) Dans ce sens, HEGNAUER n. 43 ad 294 CC.

exigé par les art. 305 al. 1, 410 al. 1 et 414 CC, autorisation qui a pour conséquence de donner au mineur le pouvoir de gérer ce patrimoine. Distincts par leurs effets, ces deux actes ne reviennent pas l'un à l'autre et le premier n'implique nullement le second, de sorte que si le titulaire de l'autorité parentale ne s'oppose pas à la libéralité, mais n'autorise pas le mineur à gérer, il y a lieu de désigner un curateur à ces biens en application de l'art. 393 al. 2 CC.

§ 2. La qualité de l'administrateur

L'art. 322 al. 1 CC se borne à prescrire courtement que si le disposant remet l'administration à un tiers, l'autorité tutélaire peut astreindre celui-ci à présenter périodiquement un rapport et des comptes. A la lettre, cette disposition vise l'administration de la seule réserve héréditaire du mineur (331).

D'où une première question: ce texte peut-il s'appliquer aux libéralités? D'un autre côté, cette disposition n'exprime aucune condition. Faut-il en conclure que cette mesure est laissée entièrement à l'appréciation de l'autorité tutélaire? Nous allons traiter successivement ces deux points.

A. *L'application de l'art. 322 al. 2 CC aux libéralités*

Nous avons tout à l'heure été amené à distinguer entre les attributions à titre gratuit dont la cause est l'intention libérale du disposant — libéralités au sens strict, visées par l'art. 321 al. 2 CC —; les attributions dont la cause est la mort du disposant — legs ou institution d'héritier dans les limites de la quotité disponible —, libéralités par assimilation, tombant comme telles sous le coup de l'art. 321 al. 2 CC elles aussi; les attributions enfin dont la cause est la mort du disposant — qui ont pour objet la réserve héréditaire du mineur et qui, trop éloignées de la notion de libéralités, ne relèvent pas de l'art. 321 al. 2 CC —. A la lettre, l'art. 322 al. 2 CC ne s'applique qu'à ces dernières attributions. Il paraît incohérent de ne pas l'étendre aux attributions de la deuxième catégorie, qui sont faites sur la quotité disponible, lorsque le mineur est institué héritier sur des biens qui intéressent à la fois sa réserve et la quotité disponible. Le Message du Conseil fédéral, du reste, nous donne un

(331) Le Message de 1974 (p. 92) le dit expressément: «Lorsque le défunt remet l'administration de la réserve à un tiers, celui-ci peut également être astreint à présenter périodiquement un rapport et des comptes (art. 322, 2e al. du projet).»

argument en liant le régime établi par l'art. 322 al. 2 CC au fait que le disposant est mort (332). S'il y a lieu en effet à surveillance à la diligence de l'autorité tutélaire du patrimoine échu au mineur par voie de succession, c'est que cette surveillance ne peut plus être le fait du disposant, qui est nécessairement décédé dans l'hypothèse même de l'art. 322 CC. Mais si c'est le décès du disposant qui nécessite la surveillance de l'autorité tutélaire sous la forme prescrite par l'art. 322 al. 2 CC, il appert que, attendu le but visé par cet article, la nécessité est égale d'étendre cette surveillance, et par conséquent l'art. 322 al. 2 CC, non seulement à l'administration de la réserve héréditaire, mais aussi à celle de tous les biens échus au mineur à cause de la mort du disposant, c'est-à-dire aux attributions faites dans les limites de la quotité disponible, ou, en d'autres termes, aux attributions à titre gratuit de la seconde catégorie.

Il suit de cela qu'à tout le moins le régime de surveillance défini par l'art. 322 al. 2 CC s'étend à toutes les attributions à titre gratuit faites au mineur à cause de mort, y compris celles qui, par assimilation, tombent sous le coup de l'art. 321 al. 2 CC, et cela parce qu'il y a lieu de substituer la surveillance des autorités de tutelle à celle du disposant, décédé par hypothèse. Inversement, la surveillance de l'autorité tutélaire n'est pas nécessaire pour les libéralités entre vifs qui sont l'objet direct de l'art. 321 al. 2 CC, précisément parce que, par hypothèse, le disposant est vivant, qu'il peut exercer sa propre surveillance sur les biens remis par stipulation et que sa surveillance vaut bien celle des autorités de tutelle, qui ainsi est rendue inutile.

Si l'on partage notre opinion, on conviendra qu'il est légitime de pousser les conséquences de ce raisonnement jusqu'à leur aboutissement logique: à savoir qu'il y a lieu d'appliquer le régime de surveillance de l'autorité de tutelle défini par l'art. 322 al. 2 CC, par analogie, à toutes les attributions à titre gratuit, y compris celles que vise l'art. 321 al. 2 CC, lorsque la surveillance du disposant est nécessaire et n'est plus assurée.

B. *La qualité de l'administrateur*

Du principe que nous avons dégagé ci-dessus nous paraissent découler les conséquences suivantes:

Lorsque c'est le mineur que le disposant a désigné pour administrer les biens libérés et que cette désignation peut sortir des effets juridiques, c'est-à-dire si les conditions que nous avons vues tout à l'heure sont réunies, il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 322 al. 2 CC. D'abord pour une raison qui découle du texte lui-même: la mesure

(332) Cf. n. 331.

ne peut viser qu'un tiers, c'est-à-dire quelqu'un qui à tout le moins n'est ni le disposant ni le mineur. Ensuite pour une raison de fond: le mineur capable de gérer est aussi censé juger sainement de son intérêt. Il n'a donc pas à être surveillé par quiconque. La surveillance du disposant n'est donc même pas nécessaire, et pas davantage dès lors celle des autorités de tutelle. A supposer maintenant que le mineur devienne incapable de gérer et de choisir un mandataire, le titulaire de l'autorité parentale n'acquiert pas le droit d'administrer le patrimoine libéré. En effet, l'exclusion par le disposant, qui est sans rapport avec la capacité d'exercice du mineur — ce que nous avons vu tout à l'heure — est toujours opposable au titulaire de l'autorité parentale et continue de produire ses effets. D'un autre côté, la loi n'ouvre pas en ce cas l'institution de la tutelle, puisqu'il ne s'agit que de gérer un patrimoine et non d'assurer une assistance personnelle, d'une part, et que d'autre part cette assistance personnelle, comme l'administration légale du reste, pour tout ce qui ne concerne pas le patrimoine libéré, sont assurées par le titulaire de l'autorité parentale. Il suit que les conditions de l'art. 393 ch. 2 CC sont réunies et qu'il y a lieu de faire gérer le patrimoine libéré par un curateur. Cependant, il est à notre avis loisible au disposant d'éviter la curatelle en désignant un tiers pour suppléer le mineur. Les conséquences que nous venons de développer seront les mêmes si le titulaire de l'autorité parentale retire au mineur l'autorisation d'administrer le patrimoine libéré.

Lorsque c'est le disposant lui-même qui s'est désigné pour administrer le patrimoine libéré, il n'y a pas lieu davantage d'appliquer l'art. 322 al. 2 CC. D'abord, pour la même raison de texte qu'à propos du mineur. Ensuite, parce que dès le moment où la loi considère comme inutile la surveillance des autorités de tutelle dans la mesure où le disposant exerce une surveillance appropriée, il est évident que celle-ci n'a pas de sens quand le disposant gère lui-même. Celui qui a attribué un patrimoine au mineur en le soustrayant à l'administration de personnes qu'il est censé avoir de bons motifs d'écarter, motifs pris de l'intérêt patrimonial du mineur, est censé aussi avoir le même souci des intérêts du mineur en se réservant la gestion de la libéralité qu'il a faite.

Si ce n'est pas en vertu de l'art. 322 al. 2 CC que le disposant ne peut être tenu à établir des rapports et des comptes, est-ce à dire qu'il n'y peut pas être astreint ou qu'il peut l'être mais, dans ce cas, aux mêmes conditions que le titulaire de l'autorité parentale, c'est-à-dire aux conditions prévues par les art. 318 al. 2, 318 al. 3 et 324 al. 2 CC?

Il n'est pas possible d'admettre que le disposant ne soit jamais astreint à présenter des rapports et des comptes. Les biens libérés

— quelle qu'en soit l'origine — ont pour titulaire le mineur. C'est de soi une anomalie que le titulaire d'un patrimoine ne le gère pas. Comme nul n'est censé mieux gérer dans son intérêt que le titulaire lui-même, l'administration du patrimoine d'autrui appelle une surveillance, soit du titulaire lui-même, soit de l'autorité dont la vocation est cette surveillance même, à moins que la position du gérant ne donne l'assurance qu'elle est inutile. C'est le cas lorsque le gérant est intégré dans la société familiale, dont la fin est le plus grand intérêt de chacun de ses membres; en cette hypothèse, les père et mère sont présumés obéir, en l'administrant, aux fins que leur assigne leur intégration même dans la société familiale. C'est encore le cas lorsque le gérant s'occupe du patrimoine dont il a fait au mineur l'attribution gratuite. En cette hypothèse, il est présumé n'avoir exclu l'administration du titulaire de l'autorité parentale que pour des raisons pertinentes, tirées de l'insuffisance du titulaire de l'administration légale en cette matière. Et il est présumé encore apporter à la gestion du patrimoine libéré la même diligence et le même désintéressement qui l'ont fait choisir une solution conforme à l'intérêt du mineur.

Mais la présomption dont bénéficient les père et mère d'une part, le disposant d'autre part, peut être renversée. A ce moment, la surveillance tutélaire est justifiée. Or l'astreinte à des comptes et rapports est le premier degré de cette surveillance. On admettra donc que le disposant, tout comme les père et mère, peut y être obligé. Si ce n'est pas aux conditions de l'art. 322 al. 2 CC, c'est nécessairement aux conditions des art. 318 al. 2, 318 al. 3 ou 324 al. 2 CC.

L'art. 318 al. 2 CC, à la lettre, astreint les père et mère à l'inventaire et, par implication, ainsi que nous l'avons dit, à des comptes et rapports (333). Mais le motif de cet inventaire — forme première de la surveillance des autorités tutélaires — est cette anomalie dans la société familiale qu'elle n'est plus complète et que le titulaire unique de l'autorité parentale manque de l'assistance d'un conjoint. L'ensemble des mesures de l'art. 318 al. 2 CC — inventaire, compte, rapport — est ainsi motivé par une situation qui ne peut affecter que la société familiale. Celle du disposant ne peut en aucun cas connaître cette anomalie. Le fondement de l'inventaire fait absolument défaut. L'art. 318 al. 2 CC n'est dès lors pas applicable au disposant, même si — comme le titulaire de l'autorité parentale en ce cas — le disposant est seul à administrer. Seulement, la source de son pouvoir d'administrer, c'est sa qualité de disposant, qui n'implique rien de la situation du père ou de la mère,

(333) Cf. deuxième partie, tit. 2, chap. 1, par. 3 A.

dont le pouvoir d'administration procède d'une situation familiale par laquelle il est supposé bénéficier de l'assistance, des conseils et de la surveillance d'un conjoint. L'analogie n'est dès lors pas permise, faute d'éléments de comparaison.

Si les comptes et rapports ne peuvent être imposés au disposant administrateur du patrimoine libéré comme le complément obligé de l'inventaire de l'art. 318 al. 2 CC, il ne reste plus, comme base légale, que les art. 318 al. 3 et 324 al. 2 CC, et aux conditions de ces articles. A cet égard, celles-ci n'ont pas trait à des anomalies de la structure familiale, comme l'art. 318 al. 2 CC. Elles se réfèrent à des éléments qui permettent de conclure à un danger pour le patrimoine du mineur, lié à la situation personnelle, à l'incapacité, ou à la mauvaise volonté du gérant. Ces éléments peuvent être réalisés aussi bien en la personne des père et mère qu'en celle du disposant. Il est dès lors permis de conclure que les comptes et rapports peuvent être imposés au disposant, aux mêmes conditions qu'aux père et mère. Dès lors, on se permettra ici de renvoyer pour le surplus à la section 1 ci-dessus.

De tout ce qui précède, on conclura facilement que la première des conditions nécessaires d'application de l'art. 322 al. 2 CC dans l'extension que nous lui avons donnée sous litt. A ci-dessus, c'est que l'administration du patrimoine libéré est confiée à une personne qui n'est ni le mineur, ni le disposant, mais soit le père ou la mère, lorsqu'ils sont tous deux exclus de l'administration légale ordinaire, soit une autre personne.

Il peut sembler contradictoire que le disposant soustraie à l'administration légale du titulaire de l'autorité parentale les objets qu'il attribue au mineur à titre gratuit, tout en désignant l'un ou l'autre des père et mère comme administrateur. Ce ne l'est pas du tout cependant. Que l'on veuille bien se rappeler que l'administration du titulaire de l'autorité parentale ès qualités a pour caractère propre et éminent d'échapper, de droit, à toute surveillance, et d'exclure par là même toute possibilité de recevoir des directions, des ordres ou des avertissements, comme d'exclure tout concours, sauf dispositions légales contraires. Il est fort possible que le disposant n'ait pas l'intention d'exclure les père et mère de l'administration du patrimoine libéré, mais de leur enlever l'autonomie qui est indissociable de leur qualité d'administrateurs légaux, et qu'il entende à cela seulement borner les effets de la disposition qu'il fait en application des art. 321 al. 2 ou 322 al. 1 CC. Cela lui est parfaitement licite: qui peut le plus peut le moins. Puisqu'il peut soustraire les biens libérés à l'administration des père et mère, il peut également bien soustraire ce patrimoine à leur administration autonome. L'effet d'une pareille disposition sera simplement que le

titulaire de l'autorité parentale administrera sous la surveillance du disposant, et selon les modalités que celui-ci jugera bon de fixer.

Lorsque c'est un tiers enfin que le disposant désignera, la même difficulté ne se présente pas, le tiers n'ayant aucune autonomie à opposer à la surveillance de l'auteur de l'attribution.

Cette première condition posée, la seconde vient tout naturellement à l'esprit, c'est que la surveillance du disposant soit assurée. Aussi longtemps qu'elle l'est, celle des autorités de tutelle n'a point lieu de s'exercer. Il en va tout autrement dans le cas contraire. Or, à notre sens, cette surveillance n'est plus assurée lorsqu'elle se heurte à une impossibilité de fait, à savoir lorsque le disposant décède, est absent, ou est dans l'impossibilité physique d'agir, c'est-à-dire lorsqu'il y aurait lieu, s'agissant du titulaire de l'autorité parentale, de le suppléer par un curateur nommé en application de l'art. 392 ch. 3 CC. Elle ne l'est pas non plus lorsqu'elle se heurte à ce que nous appellerions une impossibilité de droit, c'est-à-dire pour tout motif qui amènerait le disposant lui-même à être astreint à devoir fournir des comptes et rapports s'il était lui-même administrateur: à cet égard, nous renvoyons pour le surplus à ce que nous disons des père et mère administrateurs légaux dans la section 1 ci-dessus, puisque — nous l'avons montré — le disposant administrateur est astreint aux comptes et rapports comme le titulaire de l'autorité parentale. En particulier, la surveillance n'est plus assurée quand le disposant est, pour des motifs tirés de sa gestion, interdit totalement (art. 369 à 372 CC) ou partiellement (art. 395 CC) ou placé sous curatelle (art. 392 à 394 CC).

Peut-on considérer que la surveillance est toujours assurée nonobstant la possibilité de fait ou de droit qui frappe le disposant lorsque ce dernier a désigné un auxiliaire pour le suppléer précisément dans cette hypothèse? Nous ne le pensons pas, dès lors que, par définition, l'auxiliaire est subordonné au disposant.

Cette relation est vide de sens dès le moment où elle soumet l'auxiliaire à la surveillance d'une personne qui ne peut l'exercer. En pareil cas dès lors, l'art. 322 al. 2 CC devra être appliqué à l'auxiliaire.

Suffit-il que le tiers ne soit ni le mineur ni le disposant et que la surveillance de ce dernier ne soit plus assurée, pour appeler l'application de l'art. 322 al. 2 CC? Nous répondons par l'affirmative. Pour une raison de texte d'abord, puisque l'art. 322 al. 2 CC ne conditionne la mesure qu'à la remise de l'administration légale à un tiers — c'est-à-dire à quelqu'un qui n'est ni le mineur, ni le disposant —. Pour la raison ensuite que le législateur envisage le disposant comme décédé (334) — et donc incapable de surveiller le tiers —. Rien

(334) Cf. n. 331.

dans la lettre ni dans l'esprit de la loi ne réclame une autre condition que les deux qui précèdent. De plus, les tiers ne bénéficient pas de la présomption de sollicitude et d'aptitude que les père et mère tiennent de leur intégration dans la société familiale, et le disposant, de sa disposition même. Il ne paraît donc pas qu'il y ait lieu d'exiger les conditions supplémentaires qui — selon les art. 318 al. 2, 318 al. 3 et 324 al. 2 CC — regardent des personnes qui sont précisément au bénéfice d'une telle présomption et celles-là seulement. Les conditions posées par l'art. 322 al. 2 CC et développées ci-dessus sont donc bien suffisantes.

C. *Conclusion*

Les développements qui précèdent nous amènent à poser que la surveillance des autorités de tutelle sur l'administration du patrimoine libéré de l'administration du titulaire de l'autorité parentale:

— est impossible quand le mineur est désigné comme administrateur;

— autorise les autorités tutélaires à exiger du disposant qui s'est réservé l'administration un inventaire et la remise périodique de comptes et de rapports aux mêmes conditions que le titulaire de l'autorité parentale en application des art. 318 al. 3 et 324 al. 2 CC;

— autorise les autorités tutélaires à exiger de toute autre personne que le mineur ou le disposant un inventaire et la remise périodique de comptes et de rapports à la seule condition que la surveillance du disposant ne soit plus assurée en raison d'une impossibilité de fait (notamment mort ou absence du disposant) ou de droit (notamment interdiction ou mise sous curatelle du disposant).

Chapitre II

Les effets de la mesure

L'autorité tutélaire prononce l'application des art. 318 al. 3 aux 324 al. 2 CC après une instruction soumise à la maxime d'office et sous réserve de recours à l'autorité de surveillance en application de l'art. 420 al. 2 CC, ou, si l'on préfère, du recours implicitement postulé par l'organisation même des autorités de tutelle. Reste à examiner ci-après les effets de la mesure prise, une fois qu'elle est prononcée par une décision définitive et exécutoire.

Section 1 : Les devoirs du détenteur de l'autorité parentale

§ 1. Le but des comptes et rapports

La décision de l'autorité tutélaire établit la surveillance de l'administration du titulaire de l'autorité parentale en astreignant ce dernier à assurer l'information de l'autorité, de manière à lui permettre et à lui faciliter la prise éventuelle des mesures de protection des biens de l'enfant, au sens des art. 324 et 325 CC. Le but des comptes et rapports est ainsi d'informer l'autorité tutélaire sur des biens soumis à la gestion du titulaire de l'autorité parentale — ou du tiers administrateur de l'art. 322 CC —. Comme cette gestion suppose normalement des actes qui modifient l'état de ses biens, il suit que les comptes et rapports doivent permettre à l'autorité de se faire une idée précise de l'évolution du patrimoine géré. Cette image est impossible à donner sans un document qui permette de comparer ces états successifs du patrimoine avec celui qu'il avait au moment où la surveillance a commencé. Il est donc nécessaire,

chaque fois que des comptes et rapports périodiques sont ordonnés, de dresser un inventaire d'entrée. Ordonner les uns, c'est nécessairement ordonner l'autre, par implication: inventaire, comptes et rapports sont les formes indissociables du seul et même devoir général d'information (335). Dès lors, appliquer l'art. 318 al. 3 ou l'art. 324 al. 2 CC, c'est du même coup appliquer l'art. 318 al. 2 CC. Pour tout ce qui concerne cet inventaire, nous nous permettons de renvoyer à ce que nous avons dit dans la deuxième partie de cet ouvrage.

Il faut relever que, selon son appréciation, l'autorité tutélaire peut étendre la surveillance à tout ou partie du patrimoine géré par le titulaire de l'autorité parentale ou par le tiers désigné par le disposant. Son appréciation à cet égard est conduite par les principes généraux d'action dont nous avons parlé tout à l'heure: en tout cas, la mesure ne sera ordonnée qu'autant qu'elle est nécessaire et suffisante. Il en résulte que les comptes et rapports et l'inventaire qui les précède peuvent ne se rapporter qu'à une partie des biens gérés.

§ 2. L'auteur des comptes et rapports

A propos de l'inventaire de l'art. 318 al. 2 CC, nous avons développé toutes les raisons pour lesquelles nous pensons que l'obligation de dresser ou de faire dresser un inventaire pèse aussi bien sur l'autorité tutélaire que sur le titulaire de l'autorité parentale. Ces mêmes raisons valent ici pour affirmer que l'obligation des comptes et rapport pèse sur l'administrateur comme sur l'autorité tutélaire — parce que le devoir d'information pèse sur l'un et sur l'autre: l'un doit donner l'information, l'autre doit se la procurer. Il en résulte que l'administrateur du patrimoine considéré doit dresser des comptes et rapports ou les faire établir par un auxiliaire, de même que l'autorité tutélaire doit, si l'administrateur ne peut ou ne veut pas les faire, les faire dresser, cas échéant, par un représentant au sens de l'art. 398 al. 1 CC, et aux frais de l'administrateur (336).

§ 3. Le contenu des comptes et rapports

L'inventaire, les comptes et les rapports ont la même fonction lorsqu'ils sont dressés par le titulaire de l'autorité parentale, ou par

(335) Dans ce sens, Egger n. 19 ad 413 CC: *In der Rechnungsführung liegt eine Fortsetzung der Inventarisierung. Art. 398.* Cf. aussi Kaufmann n. 36 et 37 ad 413 CC, et Egger n. 65 ad 291 CC.

(336) Cf. Egger n. 24 ad 413 CC et Kaufmann n. 32 ad 413 CC.

le tiers administrateur des biens libérés que lorsqu'ils sont faits par le tuteur: ils tendent à informer les autorités de tutelle sur l'état du patrimoine du mineur en relation avec la gestion de l'administrateur — ce qui emporte en outre qu'ils ont matériellement le même objet, quelle que soit la fonction du gérant — tutélaire, familiale ou conventionnelle. On en conclura qu'ils ont aussi à être tenus et présentés de la même manière dans tous les cas. Autrement dit, ce qui est vrai notamment de la tenue et de la présentation des comptes du tuteur en vertu de l'art. 413 al. 2 CC l'est aussi des comptes du titulaire de l'autorité parentale ou de l'administrateur désigné par le disposant; ce qui est vrai aussi des rapports du tuteur l'est également de ceux des administrateurs visés par les art. 318 al. 3, 322 al. 2 et 324 al. 2 CC.

Le Code civil ne dispose rien sur la comptabilité à tenir par le tuteur, s'en remettant à la législation cantonale sur ce point (art. 425 al. 2 CC). Il n'apparaît pas que les dispositions légales soient nombreuses et détaillées (337). Il nous semble qu'à raison même de l'objet des comptes, c'est-à-dire l'évolution d'un exercice à l'autre de chacune des catégories de biens administrés, il n'y a pas lieu de tenir un compte séparé pour chacune d'entre elles: meubles (art. 400 CC), titres et créances (art. 401 et 402 CC), entreprises (art. 403 CC) et immeubles (art. 404 CC). Pour ce qui concerne l'entreprise du pupille ou du mineur, il nous paraît qu'une comptabilité commerciale distincte et séparée des comptes de l'administration doit être tenue, non seulement lorsque l'obligation de tenir une comptabilité existe en vertu de l'art. 957 CO, mais encore dans tous les cas (338). Cette comptabilité séparée ne figurera dans la comptabilité de la tutelle que par le résultat du bilan. Cette solution se justifie parce qu'elle est seule à permettre à l'administrateur légal de savoir à tous moments s'il doit continuer l'entreprise du mineur ou la liquider, conformément aux devoirs que lui impose l'art. 403 CC. Il faut encore ajouter un compte de caisse, en relation avec l'art. 401 CC, pour renseigner sur les mouvements d'espèces (339), ce qui nous paraît entraîner la nécessité d'un compte des dépenses personnelles du mineur (cf. art. 319 CC). A cela semble-t-il doit s'ajouter un compte de créanciers. Ces différents comptes peuvent évidemment se multiplier à l'infini, selon la plus grande commodité

(337) Cf. KAUFMANN n. 11 ad 425 CC, EGGER n. 20 ad 413 CC; OSER Suppl.

(338) Dans ce sens, KAUFMANN n. 23 et 40 ad 413 CC; EGGER n. 21 ad 413 CC.

(339) Un tel compte est exigé par tous les commentateurs: EGGER n. 20 ad 413 CC; KAUFMANN n. 22 ad 413 CC; cf. aussi les dispositions cantonales auxquelles ces auteurs renvoient.

du comptable (340). A ces comptes — qui nous paraissent représenter un minimum lorsque le patrimoine comprend les catégories de biens ci-dessus énumérées pour des valeurs importantes — s'ajoutent un journal, très utile pour retracer l'histoire de la gestion (341), et un inventaire à la fin de l'exercice (342). Les pièces justificatives (344) et la correspondance (345) doivent être conservées.

Quant à la forme de la reddition des comptes, elle fait l'objet d'une réglementation cantonale à laquelle nous renvoyons (346). Nous nous bornerons ici à relever qu'en substance, la loi vaudoise se contente de deux états de la fortune — l'un au début, l'autre à la fin de l'exercice — et d'un compte des recettes et des dépenses (347).

Quant au rapport de gestion, il a pour objet de renseigner sur les opérations faites en cours d'exercice (348) et sur tous les points qui appellent des informations complémentaires en vue de juger du respect des art. 399 à 404 CC. Sur ce point, nous renvoyons à ce que nous avons dit à propos de l'inventaire de l'art. 318 al. 2 CC (349). Répétons simplement ici que l'autorité tutélaire doit pouvoir tirer de ce rapport tous les renseignements qu'elle a l'habitude de demander au tuteur lorsqu'elle est dans le cas de ratifier le consentement de ce dernier.

Pour le surplus, les dispositions fédérales et cantonales applicables à la tenue et à la reddition des comptes par le tuteur et à ses rapports sont entièrement valables pour les père et mère.

(340) Cf. à ce propos EGGER n. 20 *in fine* ad 413 CC, qui à titre d'exemple cite les comptes d'immeubles, de participations, d'investissements à l'étranger. Dans ce même sens KAUFMANN n. 23 ad 413 CC: comptes de banque, de gestion non liquidée.

(341) Dans ce sens KAUFMANN n. 23 ad 413 CC. Du reste, tous les commentateurs exigent le journal — sans parler de certains textes légaux qu'ils citent — cf. EGGER n. 20 et 21 ad 413 CC; KAUFMANN n. 22 et 23 ad 413 CC.

(342) Dans ce sens EGGER n. 20 et 21 ad 413 CC; KAUFMANN n. 23 ad. 413 CC.

(344) Dans ce sens EGGER n. 20 et 21 ad 413 CC; KAUFMANN n. 25 ad 413 CC.

(345) Ainsi EGGER n. 20 ad 413 CC.

(346) Cf. EGGER n. 21 ad 413 CC; KAUFMANN n. 26 à 40 ad 413 CC et OSER Suppl.

(347) Cf. l'arrêté vaudois du 8 mars 1968 (ci-après l'Arrêté) concernant l'administration des tutelles et curatelles, art. 18 à 21 et annexes.

(348) Cf. l'art. 26 de l'Arrêté.

(349) Cf. deuxième partie, tit. 2, chap. 1, par. 3 C, 1.

§ 4. La périodicité des comptes et rapports

Dans tous les cas, les père et mère ou le tiers désigné par le disposant rendent les comptes et le rapport tous les deux ans au moins (art. 413 al. 2 CC), ce sous réserve de dispositions particulières (350). Vu la nature de la mesure et, selon la situation qui l'a motivée, le caractère plus ou moins serré de la surveillance à exercer, l'autorité tutélaire peut imposer de courtes périodes — comptes semestriels par exemple —. Demander en revanche des comptes et rapports en tout temps dépasse ce que permet l'art. 318 al. 3 CC. Ce n'est possible que comme mesure prise en application de l'art. 324 al. 2 CC et aux conditions de cette disposition — qui ne sont pas celles de l'art. 318 al. 3 CC —.

Section 2: Les attributions de l'autorité tutélaire

§ 1. Généralités

Dès le moment où l'autorité tutélaire examine les comptes et rapports comme l'inventaire de l'art. 318 al. 2 CC, nous pouvons nous borner à renvoyer purement et simplement, sur l'activité de cette autorité, à ce que nous en avons dit à l'occasion de l'inventaire (351).

§ 2. L'examen de la gestion

L'information donnée à l'autorité tutélaire n'a pas d'autres fins ni d'autres effets que de la mettre en mesure d'intervenir sous d'autres formes à l'égard du titulaire de l'autorité parentale ou du tiers administrateur si les comptes ou les rapports font apparaître que les conditions d'une mesure de protection des biens de l'enfant, au sens des art. 324 et 325 CC, sont réunies. A cela se limitent les effets de la mesure. La surveillance de l'autorité tutélaire n'a dès lors notamment pas pour effet de soumettre la gestion de l'intéressé

(350) Dans la législation vaudoise, les comptes et rapports sont annuels, sauf pour les tutelles modiques (art. 103 al. 1 LVCC et art. 17 de l'Arrêté).

Compte tenu de la nature de la mesure, il paraît difficile d'admettre que la période d'une année soit dépassée. Cf. pour les autres législations cantonales Egger n. 22 ad 413 CC; Kaufmann n. 29 ad 413 CC; Schönenberger.

(351) Cf. deuxième partie, tit. 2, chap. 1, par. 3.

à l'approbation des autorités de tutelle — ce qui signifierait que ses pouvoirs autonomes de disposition seraient diminués dans cette mesure. Il en résulte que l'examen par l'autorité tutélaire des comptes et du rapport n'entraîne aucune approbation de la gestion avec effets libératoires pour le gérant. Les père et mère supportent donc entièrement la responsabilité des mesures d'administration qu'ils prennent (352).

(352) Cf. n. 175 et 178.

TITRE TROISIÈME

Les mesures protectrices
(art. 324 CC)

L'art. 324 al. 1 CC dispose que si une administration diligente n'est pas suffisamment assurée, l'autorité tutélaire prend les mesures nécessaires pour protéger les biens de l'enfant. C'est l'objet du présent titre que d'expliquer les conditions et la portée de ces mesures.

Chapitre premier

Les conditions des mesures protectrices

L'art. 324 al. 1 CC soumet les mesures protectrices — nous employons les termes utilisés dans la note marginale à l'art. 324 CC — à la condition que l'administration diligente ne soit pas suffisamment assurée. A cet égard, le Message du Conseil fédéral (353) oppose l'obligation d'adresser à l'autorité des comptes et des rapports (art. 318 al. 3 CC) aux mesures dont nous nous occupons ici en relevant que dans le premier cas il n'est pas nécessaire de prouver que les parents manquent à leurs devoirs. D'où l'on conclut qu'à l'inverse le second cas suppose réalisée cette condition. Ainsi, la systématique du code et le raisonnement nous amènent à poser que l'application de l'art. 324 CC suppose l'existence des trois facteurs ci-après:

D'abord, les parents ne se conforment pas aux art. 399 à 404 CC qui, par analogie, règlent leur conduite dans l'exercice des pouvoirs liés à l'administration légale ou s'en dispensent sans motif suffisant et sans écarter les danger que leur attitude fait courir au patrimoine du mineur (ce sont les devoirs dont nous avons parlé dans la première partie) ou encore méconnaissent les obligations que leur impose la loi en matière de mesures préventives (354).

(353) Cf. n. 311.

(354) Plus généralement, Link (RDT 1965 p. 7) considère que le détenteur de l'autorité parentale, quant à satisfaire à son devoir de conserver durablement la substance et le revenu des biens, est censé apte et décidé à garantir les intérêts de l'enfant et capable de prendre les décisions adéquates. Les circonstances déterminent quel degré de diligence on peut exiger. S'il manque de l'aptitude nécessaire, il ne satisfait pas à ses devoirs et il met en danger le patrimoine du mineur.

C'est à tort que Lecoultre (RDT 1964 p. 11) pense que lorsque le détenteur de l'autorité parentale est le seul à gérer une entreprise à laquelle il participe avec le mineur, des garanties doivent être exigées par l'autorité tutélaire, en particulier lorsque le détenteur de l'autorité parentale est seul détenteur, en rapport avec l'art. 318

Ensuite le manquement des père et mère à leurs devoirs a pour effet d'amener ou de faire craindre la perte d'un élément du patrimoine ou sa dépréciation au-delà de l'usure normale, le fait que tel élément du patrimoine ne produit plus ou pas les fruits naturels ou civils dont il est susceptible, enfin le détournement des revenus de ce patrimoine par leur affectation à d'autres fins que l'entretien et

al. 2 CC. Ces garanties ne peuvent pas être requises en dehors des conditions de l'art. 324 CC, ni au titre de l'art. 318 al. 2 CC, ni en toute hypothèse par le fait que la gestion est remise au détenteur de l'autorité parentale. Celui-ci est administrateur légal, et il est tout naturel que l'administrateur s'occupe d'un patrimoine spécial tel que l'entreprise.

Cf. les exemples donnés par BOZER (p. 36) qui nous paraît du reste se tromper deux fois sur trois puisqu'il admet l'application de l'art. 297 al. 1 ancien CC lorsque les père et mère refusent sans raison valable leur consentement à l'enfant pour qu'il exerce une profession ou un métier de son choix — alors qu'en tel cas on ne peut guère songer qu'à des mesures de protection personnelle — ou lorsqu'ils refusent de donner à l'enfant l'autorisation de vivre hors de la maison — ce qui appelle la même observation —.

Sur la casuistique, cf. HEGNAUER n. 28 à 45 ad 297 CC. Exemples donnés par les auteurs: Les père et mère renoncent en fait à administrer le patrimoine du mineur (EGGER n. 5 ad 273 CC; n. 5 à 8 ad 297 CC); les père et mère chargent de tout ou partie de l'administration un auxiliaire incompétent (SCHIESSER p. 132). Les père et mère sont durablement incapables d'une administration convenable (EGGER n. 5 à 8 ad 297 CC); l'exploitation des biens productifs du mineur est irrationnelle au point que la substance en est compromise (SILBERNAGEL n. 7 ad 297 CC); les père et mère négligent d'entretenir les objets appartenant au mineur *(id. eod. loc.)*; en particulier, les immeubles ne sont pas entretenus (EGGER n. 5 à 8 ad 297 CC). Les parents ne font pas à temps les démarches juridiques nécessaires à la protection des biens du mineur *(id. eod. loc.)*; ils compromettent la prospérité d'une entreprise du mineur (SILBERNAGEL n. 7 ad 297 CC); ils négligent l'exécution forcée de créances qui deviennent moins sûres *(id. eod. loc.)*; les père et mère font des placements risqués *(id. eod. loc.)*; EGGER n. 5 à 8 ad 297 CC; (BINDSCHEDLER p. 128) ou spéculatifs (BINDSCHEDLER p. 36; SILBERNAGEL n. 7 ad 297 CC); ils négligent de placer l'argent du mineur à intérêt (SILBERNAGEL *eod. loc.*). Lorsque les revenus du mineur ne sont pas affectés à son entretien, il y a lieu d'intervenir, ne serait-ce qu'au titre de l'intérêt *matériel* du mineur à la bonne affectation de ses revenus (HEGNAUER n. 56 ad 292/293 CC; CURTI-FORRER, n. 1 ad 297 CC; SCHIESSER, p. 132; SILBERNAGEL n. 7 ad 297 CC; EGGER n. 5 à 8 ad 297 CC); mais si en outre, l'entretien et l'éducation du mineur sont par cela compromis, c'est selon les art. 307 CC ss qu'il faudra procéder, ainsi que le remarque justement HEGNAUER, n. 18 ad 297 CC. Il en va de même lorsque les père et mère refusent au mineur l'autorisation de travailler ou révoquent leur consentement (BINDSCHEDLER, p. 107, 126, 127; HEGNAUER n. 19 et 20 ad 297 CC), ou lorsque les père et mère refusent, sans motifs suffisants, de délivrer le fonds professionnel (EGGER n. 5 à 8 ad 297 CC; HEGNAUER n. 19, 20 ad 297 CC), avec cette nuance importante que, contrairement à l'opinion de SCHIESSER (p. 132), nous n'admettons pas que l'autorité tutélaire puisse intervenir du chef des art. 324 ou 325 CC. En pareil cas, selon nous, c'est une action civile qui doit être portée devant le juge ordinaire.

Les parents manquent enfin à leur devoir lorsqu'ils tentent de se soustraire à des mesures préventives (TENCHIO p. 89; SCHIESSER p. 96, 116/117, n. 18, 132; SILBERNAGEL n. 7 ad 297 CC; HEGNAUER n. 264 et 266 ad 272 CC).

l'éducation du mineur (355). Cet effet peut être actuel ou potentiel (356). En ce dernier sens, le risque suffit, qui doit être admis lorsqu'il y a une certitude raisonnable fondée sur le cours ordinaire des choses que l'événement arrivera (357).

Enfin, le dommage ou son risque est imputable au détenteur de l'autorité parentale. Il est nécessaire pour cela qu'il soit au moins pour une part à l'origine de l'événement dommageable ou de

(355) Par exemple, l'autorité tutélaire peut intervenir en se fondant sur l'art. 324 CC lorsque les père et mère font sur les capitaux du mineur des prélèvements non autorisés (art. 320 al. 2 CC): Conseil d'Etat du canton de Soleure in RDT 1964 n° 16 cons. 3 p. 100 et TENCHIO p. 29.

Hedwig WIDMER (p. 29/30) fait justement remarquer que le fait de faire des prélèvements sur la fortune capitale de l'enfant sans demander l'autorisation de l'autorité tutélaire est un cas d'application de l'art. 324 CC.

Autre exemple, in SJZ 35/1938/39, p. 125 n° 21 cons. 3 (décision du Conseil d'Etat du canton de Lucerne). Il en résulte aussi (HEGNAUER n. 57 à 61 ad 297 CC) que les mesures de l'art. 324 CC ne peuvent être prises que pour protéger le patrimoine dont les parents ont l'administration légale.

(356) Dans ce sens BINDSCHEDLER (p. 128) et HEGNAUER n. 24 ad 297 CC. Sur les différents degrés du risque, cf. HEGNAUER (n. 48 à 53 ad 297 CC).

(357) Dans ce sens HEGNAUER n. 26 ad 297 CC, avec les références. Nous ne partageons pas l'opinion de FURRER selon qui (RDT 1948 p. 63) la participation d'un mineur à une société commerciale où sa responsabilité personnelle est illimitée représente toujours un danger.

La simple possibilité d'un préjudice ne suffit pas. C'est ainsi que le préfet II de Berne (in RDT 1952 n° 33 p. 134 cons. 1 p. 136) a considéré qu'on ne pouvait appliquer l'art. 297 CC ancien sur le seul motif que le détenteur (unique) de l'autorité parentale débutait dans sa profession avec toutes les difficultés financières que cela implique et qu'il s'occupait de transactions immobilières. Le danger, dit ce magistrat, doit être concret et conditionné par le comportement présent de l'intéressé. Cela nous paraît la raison même.

Pour le Conseil d'Etat du canton d'Argovie (in RDT 1955 n° 8 p. 69), il faut un danger concret, i.e., conditionné par le comportment actuel des père et mère. Dans le même sens, le Conseil d'Etat du canton de Soleure, in RDT 1964 n° 16 p. 98 cons. 1. Il faut que la crainte de ce danger naisse de plans et intentions du détenteur de l'autorité parentale ou de circonstances *précises* (Conseil d'Etat du canton de Lucerne, in RDT 1962 n° 24 p. 90; c'est nous qui soulignons). Autre formulation: le danger doit naître d'une situation actuelle et procéder de plans et desseins précis des parents, qui permettent d'avoir une crainte fondée que le patrimoine du mineur ne souffre un dommage probable (Conseil d'Etat du canton de Soleure, in RDT 1963 n° 12 cons. 3 p. 60). Toutes ces définitions reprennent EGGER (n. 6 ad 297 CC). Même définition in RDT 1964 n° 16 cons. 1 p. 98.

Il y a danger (concret) selon la Direction de la justice du canton de Zurich (RDT 1959 n° 38 p. 147) dans une situation où selon le cours ordinaire des choses la détérioration du patrimoine est très vraisemblable. Ce danger a été admis dans le cas où le père d'un enfant mineur (à qui on demande des sûretés en application de l'art. 297 al. 2 CC ancien) avait fait des investissements risqués et payé des dettes déraisonnables, et ce pour l'entier ou à peu près du patrimoine dont il pouvait disposer librement: vu cette situation, la Direction de la justice du canton de Zurich a déduit qu'on pouvait craindre qu'il n'en fît autant avec le patrimoine de ses enfants.

l'absence d'un événement bénéfique pour le mineur. De ce point de vue, il peut manquer à son devoir (358)

— par commission, lorsqu'il cause le résultat ou le risque de celui-ci: par exemple en faisant d'un bien du mineur un usage abusif ou en le détruisant purement et simplement et sans droit;

— par commission par omission, lorsqu'il n'a pas écarté le dommage effectif ou imminent dû à d'autres causes et qu'il aurait été en son pouvoir de le faire: ainsi lorsqu'il néglige de convertir des créances dont la valeur est menacée;
encore est-il vrai qu'on pourrait faire entrer cette hypothèse dans les cas où il manque

— par omission, lorsqu'il ne procure pas au patrimoine du mineur l'avantage que la loi lui commande de lui procurer: ainsi — encore — lorsqu'il néglige, en prêtant l'argent du mineur, les garanties personnelles ou réelles que justifiait la situation.

Il y manque enfin

— par omission par commission, lorsqu'il empêche l'événement d'un avantage pour le patrimoine du mineur. Une hypothèse pareille est plutôt rare (358*bis*).

Ce qui est décisif de l'imputabilité dans tous ces cas, c'est qu'il a été ou eût été au pouvoir des parents de produire ou d'écarter l'événement heureux ou malheureux. Cette condition est nécessaire à l'application de l'art. 324 CC pour les raisons que nous avons dites touchant le même point à propos des comptes et rapports.

(358) Schiesser (p. 127) remarque aussi qu'il est indifférent que le titulaire de l'autorité parentale manque à ses devoirs par commission ou par omission. Egger (n. 5 à 8 ad 297 CC) donne pour exemple le cas où les père et mère reprennent l'exploitation d'une entreprise, au nom du mineur, pour un prix trop élevé, de telle manière que la gestion la plus diligente n'assurerait pas un succès; cf. aussi les exemples cités à la n. 354; et des exemples où les père et mère engagent le patrimoine du mineur pour leurs propres dettes, ils font les prélèvements non autorisés sur les biens du mineur, ils affectent des fonds du mineur à des opérations aléatoires entreprises dans leur seul intérêt, ils font valoir en leur nom des prétentions qui, en réalité, appartiennent au mineur; ils vendent, de manière plus ou moins clandestine, un immeuble du mineur de façon à s'en assurer le prix et à le conserver à leur profit; ils négligent de produire un inventaire (mais dans ce cas, il faut plus que cette simple négligence; il faut en outre la preuve que c'est dans un but d'appropriation du patrimoine qu'ils agissent ainsi; autrement, l'autorité tutélaire doit se borner à dresser elle-même un inventaire ou s'informer par ses propres moyens). Sur la notion de dommage, cf. Hegnauer n. 25 ad 297 CC.

(358*bis*) Mais non pas impossible: ainsi, le fait pour le détenteur de l'autorité parentale de s'opposer à la location d'une villa appartenant en partie au mineur de manière à porter préjudice aux intérêts de l'enfant (RDT 1955 n° 13 p. 108).

Si un lien d'imputabilité est nécessaire, l'application de l'art. 324 al. 1 CC n'exige pas une faute des parents (359). Le contraire résulte de la loi même, qui n'en parle pas.

(359) Dans ce sens SCHIESSER p. 127; EGGER n. 3, 5 et 6 ad 297 CC; HEGNAUER n. 46 ad 297 CC; DU PASQUIER (RDT 1948 p. 58); BAUMANN (RDT 1948 p. 52); RITTMEYER p. 61; LINK (in RDT 1965 p. 7). Il relève à juste titre que même si le détenteur de l'autorité parentale se donne toute la peine possible sans être capable d'administrer correctement, l'autorité tutélaire doit intervenir et prendre les mesures qui s'imposent. Encore une fois, LINK fait appel ici au but de l'administration, qui est de garantir l'intégrité et la productivité du patrimoine du mineur. Dans le même sens aussi, TENCHIO p. 89. Pour EGGER (n. 6 ad 297 CC), la faute n'est pas exigée; il n'est pas nécessaire non plus que la perte soit effective; il suffit que cette perte soit possible, en relation avec des plans et intentions précis du détenteur de l'autorité parentale; quant au péril, il peut consister en perte pure et simple ou en aggravation de la condition juridique du mineur par des obligations ou des gages; on doit l'admettre aussi chaque fois que la situation patrimoniale du mineur est volontairement obscurcie et que — ce qui nous paraît le critère décisif — la restitution du patrimoine du mineur est compromise. A la mauvaise administration, BAUMANN assimile l'absence de toute administration digne de ce nom (RDT 1948 p. 51).

Chapitre II

Les diverses mesures

Section 1: Mesures qui ne visent pas le détenteur de l'autorité parentale

C'est une question délicate, si l'autorité tutélaire peut agir au nom de l'enfant (360). Pour nous, la réponse est positive (361). En effet, la capacité de l'enfant soumis à l'autorité parentale est la même que celle du mineur sous tutelle (art. 305 al. 1 CC). Si donc

(360) Sur ce point, Schiesser (p. 144) est négatif, sauf le cas de l'art. 386 CC. Peut-être est-il bon de préciser la question. Le pouvoir de l'autorité de tutelle comme détentrice d'une parcelle de l'autorité publique a pour objet le mineur, comme le pouvoir parallèle des détenteurs de l'autorité parentale, qu'ils tiennent de la société familiale. Les mesures auxquelles le mineur peut être soumis par l'autorité tutélaire, en sa personne ou en ses biens, ne sont donc pas prises en son nom, comme si lui-même était réputé agir lui-même par une espèce de fiction utile. Néanmoins, le mode d'action ordinaire de l'autorité de tutelle est de déléguer un représentant et administrateur légal, tuteur ou curateur. C'est un mode d'action extraordinaire, en revanche, de l'autorité tutélaire d'agir sans cet intermédiaire. C'est la licéité de ce mode d'agir qui est examinée ici.

(361) Pour Hegnauer aussi, puisque cet auteur (n. 49 ad 282 CC) admet que dans certains cas exceptionnels l'autorité tutélaire peut renoncer à désigner un curateur en application de l'art. 282 ancien CC et agir directement au nom de l'enfant. Cf. la solution pratique suggérée par Lecoultre lorsqu'il s'agit pour un mineur d'exercer le droit légal de préemption en matière agricole (art. 6 LPR). L'autorité tutélaire peut agir seule, sans désigner de curateur, si le mineur n'a pas de fortune ou ne se destine pas à l'agriculture; en revanche, si l'affaire paraît délicate, la nomination d'un curateur s'impose. Si, au texte, nous parlons de l'autorité tutélaire, c'est que la loi ne parle jamais que de l'action directe de l'autorité tutélaire. Cependant, si les circonstances le commandent, l'autorité de surveillance, quel que soit son degré, peut agir comme l'autorité tutélaire, pourvu — condition nécessaire mais suffisante — qu'elle soit saisie par le recours, implicitement postulé par l'art. 361 CC, de l'autorité tutélaire à l'autorité de surveillance et dont les art. 420 et 450 CC établissent des applications particulières. Ainsi, selon le Conseil d'Etat du canton de Berne, par exemple, l'autorité de surveillance agit à la place de l'autorité tutélaire lorsque la première est récusée

le représentant légal est empêché ou que ses intérêts sont en opposition avec ceux du mineur (art. 392 ch. 2 et 3 CC), en cas d'urgence, l'autorité tutélaire serait fondée à appliquer l'art. 386 al. 1 CC, cet article s'appliquant également au mineur sous tutelle (362). Lorsque les circonstances le justifient, l'autorité tutélaire peut donc au nom de l'enfant faire les actes de gestion nécessaires en application de l'art. 324 al. 1 CC, lorsque l'administration du patrimoine de l'enfant n'est pas assurée, même provisoirement (363). Cela peut avoir une application importante lorsqu'il s'agit de déposer plainte pénale contre les parents. En principe, en effet, selon l'art. 28 al. 2 CP, si le lésé n'a pas l'exercice des droits civils, le droit de porter plainte (lorsqu'une infraction n'est punie que sur plainte, art. 28 al. 1 CP), appartient à son représentant légal. Cette disposition équivaut à un renvoi aux règles du droit civil sur la représentation légale, c'est-à-dire, dans le cas qui nous occupe, à l'art. 392 ch. 2 CC. En pareil cas, le droit de porter plainte appartient au curateur que l'autorité tutélaire devrait nommer en application de cette disposition. En cas d'urgence, cependant, et cette

(RDT 1956 n° 45 p. 158). Il est cependant bien entendu que l'autorité de surveillance ne peut pas se saisir d'une requête de première instance qui lui est adressée au cours d'une procédure de recours (*sic*, Conseil d'Etat du canton d'Argovie, in RDT 1957 n° 29 p. 76).

La direction de la Justice du canton de Zurich a prononcé que l'autorité supérieure peut prendre, en vertu de ses pouvoirs de surveillance, une décision en lieu et place de l'autorité inférieure, lorsque celle-ci tarde à prendre des mesures qui paraissent urgentes (RDT 1975 cons. 1/b p. 67/68).

Cf. aussi la n. 248.

(362) En cas d'urgence, l'autorité tutélaire peut, par exemple, répudier une succession au nom d'un héritier absent, alors même qu'un curateur aurait été nommé à celui-ci, selon le Conseil d'Etat du canton de Zurich (ZBGR 20 p. 2 n° 2). Pour nous, il en va de même s'il y a lieu de désigner un curateur à un mineur, en qualité de représentant ou de gérant extraordinaire. Du reste, selon la Direction de la justice du même canton, l'autorité tutélaire peut répudier au nom du mineur la succession insolvable (art. 566 al. 2 CC), si elle n'entend pas nommer un curateur (ZBGR 22 n° 82 p. 222 ch. 2/A).

Pour l'autorité de surveillance du registre foncier du canton de Fribourg (ZBGR 49 n° 39 cons. 4 p. 353), l'autorité tutélaire peut, en cas d'urgence, et lorsque la désignation d'un curateur apparaît superflue, agir au nom du mineur — et par exemple exercer pour son compte le droit de préemption ouvert par l'art. 14 LPR aux enfants du vendeur d'un immeuble agricole, si l'urgence résulte du délai péremptoire de l'art. 14 al. 2 LPR. Dans le même sens, Arthur JOST, Handkommentar zum BG über die Erhaltung des Bauerl. Grundbesitzes, ad art. 14 n. 81. D'une manière générale, EGGER, n. 14 ad 392 CC, admet que l'autorité tutélaire peut agir au nom du mineur en cas d'urgence; *contra* KAUFMANN, n. 6 ad 392 CC.

(363) C'est ainsi (cf. SCHIESSER p. 48) que nous admettrions que l'autorité tutélaire puisse, au nom du mineur, et vu le court délai imparti par la loi, demander le bénéfice d'inventaire lorsque par négligence ou par incapacité, le détenteur de l'autorité parentale ne le demande pas alors que les circonstances l'exigeraient.

urgence peut être justifiée par exemple par l'utilité, selon les circonstances, d'un séquestre ordonné par le juge d'instruction, l'art. 386 al. 1 CC nous paraît également trouver son application. Au surplus, l'art. 28 al. 2 in fine CP va encore dans notre sens. En cas d'urgence donc, et avant la nomination d'un curateur, l'autorité tutélaire peut déposer une plainte pénale contre les détenteurs de l'autorité parentale au nom de l'enfant.

L'art. 232 al. 3 CC prévoit en outre l'intervention de l'autorité tutélaire au nom du mineur: selon cette disposition, l'autorité tutélaire peut au nom de celui-ci se retirer en tout temps de la communauté prolongée établie avec le conjoint survivant (364).

Section 2: Mesures qui visent le détenteur de l'autorité parentale

§ 1. Information de l'autorité tutélaire

Avant toute autre mesure, il convient de mentionner celles qui permettent à l'autorité tutélaire de recevoir, sur l'état du patrimoine des mineurs et son évolution, toutes les informations nécessaires. Vient donc à l'esprit le recours, en dehors des conditions prévues par l'art. 318 al. 2 CC, à l'inventaire du patrimoine de l'enfant (365).

La nécessité de s'informer peut aussi conduire l'autorité tutélaire à prescrire des mesures plus complètes et plus étendues. C'est pourquoi, si l'occurrence le justifie, elle pourra exiger du détenteur de l'autorité parentale non seulement un inventaire, mais aussi des

(364) L'art. 229 al. 2 CC se borne à dire que si les enfants sont mineurs, la prolongation doit être *approuvée* par l'autorité tutélaire, ce qui pourrait à la lettre s'analyser comme un renvoi à l'art. 306 CC. Cependant, d'accord avec Schiesser (p. 73), nous admettons là comme dans le cas visé par l'art. 232 al. 3 CC que l'autorité tutélaire agit au nom des enfants. En effet, il s'agit d'une disposition symétrique de l'art. 232 CC et il n'y a aucune raison de traiter différemment les deux hypothèses.

(365) Dans ce sens, Hegnauer (n. 70 ad 297 CC). L'autorité tutélaire peut du reste d'elle-même ordonner un inventaire auquel elle procède seule (Hegnauer, n. 77, 84 et 85 ad 297 CC). Dans notre sens, Baumann (RDT 1948 p. 52) et la Direction de la justice du canton de Zurich, in SJZ 14/1917/18, p. 129 n° 66 in fine; il est selon elle possible d'ordonner que l'avis relatif à certaines affaires qu'elle détermine soit donné avant que le détenteur de l'autorité parentale consente à l'opération.

Bozer (p. 36) relève que l'autorité tutélaire peut demander aux père et mère de dresser un inventaire.

avis (365*bis*), des rapports et des comptes périodiques en application de l'art. 318 al. 3 CC, si elle ne l'a déjà fait (366). Sur ces mesures, il n'est que de renvoyer ici à ce que nous avons dit plus haut.

§ 2. Avis et directions au titulaire de l'autorité parentale (art. 324 al. 2 CC)

A supposer que ces mesures d'information ne suffisent pas à écarter tout danger couru par le patrimoine du mineur, il reste à l'autorité tutélaire, à donner aux parents, s'ils y sont accessibles, les renseignements, les conseils et les avertissements que nécessite la situation (367), tous actes qui laissent intacte l'autonomie des père et mère. Si cela ne suffit pas, l'autorité peut mettre fin, pour ce qui concerne un acte déterminé, à cette autonomie, et donner aux parents des ordres ou des directions qui lient ceux-ci et les obligent à faire, à souffrir ou à ne pas faire tel acte de gestion que les circonstances nécessitent ou qu'elles nécessitent d'éviter (368). Si les

(365*bis*) Dans ce sens la Direction de la Justice du canton de Zurich, in SJZ 14/1917/18 n. 129 n° 66 *in fine*; il est selon elle possible d'ordonner que l'avis relatif à certaines affaires, qu'elle détermine, soit donné avant que le détenteur de l'autorité mentale ne consente à l'opération.

(366) Dans ce sens, Silbernagel (n. 12 ad 297 CC) et Schiesser (p. 134). En outre, l'autorité tutélaire peut s'informer, par audition ou par pièce, de l'état du patrimoine du mineur ou de la gestion des parents (en ce sens, Hegnauer n. 69 ad 297 CC; cf. n. 71 ad 297 CC). Bindschedler (p. 127) va jusqu'à prévoir la possibilité d'un inventaire officiel. Si elle entend l'inventaire de l'art. 398 al. 2 CC, cela nous paraît excessif. Il suffit que l'autorité tutélaire délègue une personne pour dresser inventaire avec ou sans la collaboration des père et mère. Cf. aussi Egger n. 9 ad 297 CC.

L'autorité tutélaire pourrait aussi se faire présenter périodiquement les titres appartenant au mineur comme le faisaient les autorités du canton de Soleure (RDT 1964 n° 16 p. 98 cons. 2) — mais elles avaient tort en l'exigeant en application de l'art. 291 CC ancien —.

(367) Dans ce sens, Baumann (RDT 1948 p. 52); Schiesser (Thèse p. 134/135) et dans ce sens aussi, semble-t-il, Egger n. 9 ad 297; RDT 1946 p. 47; Tenchio (p. 89); Tuor p. 225; Egger n. 9 ad 297 CC; Hegnauer (n. 68 ad 297 CC) et Silbernagel (n. 5 et 10 ad 297 CC). Ainsi l'autorité tutélaire peut, par exemple, (Bindschedler p. 36/37) conseiller aux parents des placements sûrs et au besoin les ordonner ou (id. p. 127) donner des conseils aux parents sur les placements, leur sécurité et leur productivité.

(368) Ainsi Egger, n. 9 ad 297 CC. Ainsi, selon Bindschedler (p. 127), l'autorité tutélaire peut ordonner l'introduction ou le désistement d'un procès dans l'intérêt du mineur. Cf. aussi cet auteur, p. 36/37. D'accord avec Schiesser (p. 48), nous admettrions que l'autorité tutélaire puisse imposer au détenteur de l'autorité parentale de demander le bénéfice d'inventaire. Selon Hegnauer, l'autorité tutélaire peut intimer au détenteur l'ordre de renoncer à un acte juridique qu'il prévoit ou de révoquer

intéressés ne s'y soumettent pas, ils peuvent être menacés de mesures plus graves, telles notamment que les prévoient les art. 324 al. 2 ou 325 CC, ou bien de l'application de l'art. 292 CP, qui définit et réprime l'insoumission à une décision de l'autorité (369).

L'autorité tutélaire a bien la faculté, dans le cadre de l'art. 324 CC d'imposer des obligations au titulaire de l'autorité parentale. La loi le dit expressément et cela est parfaitement fondé en raison. Il est à remarquer que ce n'est pas l'étendue des droits de ce dernier sur les biens du mineur qui est en cause dans le cas qui nous occupe, puisque c'est lui qui procède à l'acte, et ce, en vertu de son pouvoir d'administration. C'est son autonomie qui lui est retirée, puisqu'il est tenu d'agir conformément aux ordres de l'autorité tutélaire. A cet égard, sa situation se rapproche du tuteur, en tant que celui-ci est tenu de se conformer aux instructions de l'autorité tutélaire (cf. art. 399, 400 al. 1, 401 al. 1, 402 et 403, 404 al. 1 CC). De même le tuteur est-il tenu par la décision prise en application des art. 421 et 422 CC par l'une ou l'autre des autorités de tutelle. La différence vient de ce qu'il ne s'agit pas d'une soumission permanente, mais relative à un acte déterminé.

Lorsque l'événement démontre que le titulaire de l'autorité parentale néglige d'agir ou, cessant d'agir dans l'intérêt du mineur, détourne des pouvoirs vers des fins qui leur sont étrangères, l'inter-

un acte juridique qu'il aurait fait (n. 72 et 73 ad 297 CC). Dans notre sens, TUOR (p. 225) qui admet expressément les dispositions limitant ou supprimant certaines facultés qui découlent de la qualité de parents. Dans notre sens aussi (et avec des exemples) SILBERNAGEL (n. 10 ad 297 CC). D'une manière générale, l'autorité tutélaire peut ordonner certaines mesures de gestion au détenteur de l'autorité parentale (HEGNAUER n. 76 ad 297 CC). Selon cet auteur, *loc. cit.*, l'autorité tutélaire ne peut donner des ordres touchant l'affectation des objets du mineur. Nous sommes de l'avis contraire, dans la mesure où ce devoir d'affectation est une partie intégrante de l'administration légale.

(369) Dans ce sens, SCHIESSER (p. 134), qui paraît plus hésitant sur la question de l'application de l'art. 292 CP. Pour nous, cette possibilité existe indiscutablement lorsqu'au surplus les conditions de l'art. 325 CC ne sont pas réalisées; en effet, on ne saurait étendre l'application de cette disposition au-delà de son but et de son intention, et d'en faire la sanction quasiment automatique d'un manquement qui ne met pas le patrimoine du mineur dans le péril visé par cet article. Sur la menace de mesures plus sévères, cf. HEGNAUER (n. 81 et 82 ad 297 CC). Sur l'application de l'art. 292 CP, HEGNAUER semble l'admettre (n. 83 ad 297 CC) dans la mesure où le droit cantonal attribue à l'autorité tutélaire la qualité d'autorité compétente au sens de cette disposition pénale. Cela nous paraît résulter purement et simplement du droit fédéral, c'est-à-dire précisément de l'art. 297 ancien CC. HEGNAUER (n. 87 ad 297 CC) relève aussi que l'autorité tutélaire peut recourir à l'aide de la police. L'emploi possible de l'art. 292 CP nous paraît résulter de l'arrêt X. (TF, Cour de cassation pénale, 25 juin 1964, RO 90 IV n° 17 cons. 2 et 3 p. 80 à 83). Certes, il s'agissait ici d'assurer l'application de l'art. 283 ancien CC, mais nous ne voyons aucune raison d'admettre que l'autorité tutélaire puisse donner des ordres sous la menace de l'art. 292 CP en matière d'assistance à la personne du mineur, et ne pouvoir le faire lorsqu'il s'agit de ses biens.

vention de l'autorité tutélaire est justifiée précisément parce que l'action des père et mère ne répond plus à l'intérêt de l'enfant et que, par conséquent, leurs pouvoirs, avec leur caractéristique d'autonomie, ont perdu leur raison d'être. L'autonomie des parents n'est donc plus opposable à l'action de l'autorité. Partant, lorsque les circonstances appellent celle-ci, ce serait opposer une exception vide de sens que de prétendre la limiter par l'autonomie du détenteur de l'autorité parentale. Il en résulte que dans les limites de la nécessité à laquelle il s'agit de pourvoir, l'autorité tutélaire peut donner au détenteur de l'autorité parentale l'ordre de procéder à tel acte de gestion qu'il lui appartient ou de s'en abstenir (370).

Il est évident que ce pouvoir de l'autorité tutélaire comporte des limites, et que celles-ci sont déterminées d'abord par celles du patrimoine de l'enfant. En d'autres termes, l'autorité tutélaire n'a pas d'action par l'intermédiaire des parents sur les biens dont les parents n'ont pas l'administration. D'un autre côté, elle ne saurait, sans viser expressément les dispositions légales pertinentes, se proposer, sous le couvert d'un acte relatif à l'administration du patrimoine du mineur, d'agir dans le domaine de l'assistance de l'enfant.

Les mesures que peut ordonner l'autorité tutélaire sont celles où s'expriment par excellence les buts que doit atteindre l'administration des parents et celle du tuteur. Nous voulons parler de celles que prescrivent les art. 399 à 404 CC. L'autorité tutélaire est ainsi fondée à ordonner au détenteur de l'autorité parentale:

1. De déposer en lieu sûr les titres, objets de prix, documents importants et d'autres choses semblables appartenant au mineur (art. 399 CC). Il est bien évident (et la mention qu'il ne doit pas en résulter d'inconvénients pour l'administration du mineur à l'art. 399 CC appliqué par analogie nous en avertit déjà) qu'une pareille mesure ne saurait équivaloir à la privation de fait subie par le détenteur de l'autorité parentale d'administrer les biens de l'enfant. Si tel était le but visé, il dépasserait la *ratio legis* de la disposition en cause. En effet, il ne s'agit là que de mettre matériellement à l'abri les titres et objets de prix de l'intéressé. Cet article ne saurait donc en aucun cas être appliqué en vue d'un contrôle par l'autorité tutélaire de l'administration des parents. Et s'il s'agit précisément de pourvoir à ce contrôle, ce sont d'autres mesures qui doivent être prises (371).

(370) Dans ce sens, TENCHIO p. 89, et la Chambre des tutelles du canton de Vaud, in RDT 1961 n° 25 p. 99/100.

(371) Dans ce sens, EGGER, n. 9 ad 297 CC. C'est ainsi, à tort selon nous, que le Conseil d'Etat du canton d'Argovie (in RDT 1955 n° 8 p. 69) considère comme une «garantie» (au sens de l'art. 324 al. 2 CC) le dépôt aux archives de l'autorité tutélaire de titres appartenant au mineur.

2. De vendre, si l'intérêt du mineur l'exige, les autres meubles de l'enfant (art. 400 al. 1 CC). La restriction de l'art. 400 al. 2 CC nous paraît également applicable, si bien que les objets qui ont une valeur d'affection pour la famille du mineur ou pour le mineur lui-même ne doivent être vendus qu'exceptionnellement, c'est-à-dire si, nonobstant leur caractère, le patrimoine du mineur souffrirait dommage de leur conservation. L'intérêt du mineur doit, au reste, dans le cadre de l'art. 400 al. 1 CC, être apprécié largement, puisque ici il s'agit de tenir compte des nécessités de l'entretien et de l'éducation de l'enfant. Le détenteur de l'autorité parentale pourrait donc à bon droit discuter le bien-fondé de la décision de l'autorité s'il prouvait que la vente de certains objets mobiliers est de nature à compromettre, par exemple, les intérêts de la formation professionnelle, scolaire ou religieuse de l'enfant. Là comme dans le cas de biens pupillaires au demeurant, l'autorité tutélaire peut ordonner, suivant la confiance que les circonstances lui permettent de faire aux père et mère, soit la vente aux enchères publiques, soit la vente de gré à gré.

3. De placer l'argent dont les père et mère n'ont pas l'emploi, sans retard, à intérêt, dans un établissement financier qu'elle

Même en application de l'art. 324 CC, les autorités ne pourraient, à des fins de contrôle de la gestion des père et mère, exiger que les carnets d'épargne du mineur leur soient remis jusqu'à la majorité (cf. RDT 1964 n° 16 p. 98 cons. 2 et 3).

C'est précisément parce que le pouvoir d'administration du détenteur de l'autorité parentale ne doit pas être gêné que la Direction de la justice du canton de Zurich (in RDT 1950 n° 14 p. 17) a considéré que le dépôt de l'art. 399 CC n'est pas une mesure de protection suffisante si l'on entend par là protéger les biens du mineur d'actes d'administration vicieux des père et mère.

Cependant, cette même autorité a prescrit, en lieu et place de la nomination d'un tuteur de l'art. 286 CC ancien, une mesure de protection des biens tel que le dépôt dans une banque avec un pouvoir de disposition limité du détenteur de l'autorité parentale (SJZ 24/1927/28, p. 69 n° 17 cons. c. Même avis du Conseil d'Etat du canton d'Argovie, SJZ 25/1928/29, p. 124 et SJZ 25/1928/29, p. 142 n° 27).

De même, l'autorité tutélaire de la Ville de Berne a refusé de rendre à la mère détentrice de l'autorité parentale le carnet d'épargne d'un enfant mineur, carnet qu'elle détenait en vertu d'une convention entre les père et mère — en instance de divorce - en application de l'art. 297 CC ancien. En effet, contrairement aux engagements pris envers le père de l'enfant mineur, la mère n'avait pas constitué à ce dernier un carnet d'épargne de 3000 francs. L'autorité tutélaire de Berne (le Conseil d'Etat du canton de Berne, in RDT 1958 n° 2 p. 18) a admis que l'art. 297 CC ancien l'autorisait à retenir ce carnet. C'est faux. Mais il est très clair ici que l'autorité tutélaire l'ordonne en vue de contrôler la gestion de la mère, ce qui pour nous est inadmissible, le dépôt au sens de l'art. 399 CC visant la sécurité *matérielle* des biens déposés. La solution eût été de désigner un curateur (art. 297 CC ancien) pour gérer le carnet, en ôtant à la mère le pouvoir de l'administrer. Mais la jurisprudence bernoise n'admettait pas de limite à la liberté d'administration des parents, même dans le cas de curatelle de l'art. 297 al. 2 CC ancien et ne pouvait autoriser cette solution. Elle a préféré détourner l'art. 399 CC de son but.

désigne ou par un établissement financier désigné par les autorités cantonales, ou encore en d'autres titres sûrs agréés par l'autorité (art. 401 al. 1 CC). Ici, l'autorité tutélaire n'est nullement tenue par les dispositions cantonales définissant les placements pupillaires. Rien ne l'empêche de choisir un autre établissement, à condition que celui-ci présente les conditions suffisantes de sûreté du placement. La productivité du placement ne doit pas faire, en effet, oublier la sûreté de celui-ci.

4. De convertir en placements sûrs les créances qui ne sont pas garanties suffisamment (372). La réserve de l'art. 402 al. 2 CC est valable également ici par analogie. Dans la mesure où il s'agirait de créances contre les parents eux-mêmes, l'autorité tutélaire peut réclamer des sûretés suffisantes (372*bis*).

5. De liquider ou de continuer, selon le cas, une entreprise qui fait partie du patrimoine du mineur. En pareille hypothèse, l'autorité tutélaire pourrait également demander aux père et mère de choisir un tiers auxiliaire qualifié (art. 403 CC).

6. De vendre, aux enchères publiques, les immeubles de l'enfant, si son intérêt l'exige (art. 404 al. 1 CC). Etant donné que le parent n'est pas, comme le tuteur, limité dans son pouvoir de disposition, puisque le concours des autorités de tutelle n'est pas réservé dans son cas, le titulaire de l'autorité parentale peut choisir entre la vente aux enchères et la vente de gré à gré, l'autorité tutélaire pouvant également lui ordonner, puisqu'elle ordonne un acte dans la compétence des père et mère, selon le plus grand intérêt de l'enfant, l'un ou l'autre. Les règles des art. 404 al. 2 et al. 3 CC n'ont donc aucune valeur dans le cas qui nous occupe.

Il est clair que nous n'avons pas prétendu donner ci-dessus une liste exhaustive des mesures possibles (373). En revanche, il

(372) Dans ce sens, EGGER, n. 9 ad 297 CC et le Conseil d'Etat du canton d'Argovie, in SJZ 25/1928/29, p. 124 nº 24; et aussi SILBERNAGEL, n. 10 ad 297 CC et HEGNAUER (n. 75 ad 297 CC).

(372*bis*) Dans ce sens, EGGER (n. 9 ad 297 CC).

(373) Par exemple, et contrairement à TENCHIO (p. 69), nous pensons qu'aux conditions générales de l'art. 324 al. 1 CC, l'autorité de tutelle peut ordonner le partage d'une succession encore indivise entre le détenteur (resté unique) de l'autorité parentale et le mineur. Par exemple, (EGGER, n. 9 ad 297 CC), l'autorité tutélaire peut ordonner aux parents d'abandonner un projet de leur administration ou de résilier ou de résoudre, en tout cas de révoquer, un contrat déjà passé. SILBERNAGEL (n. 27 ad 291 CC) va jusqu'à admettre que l'autorité tutélaire peut appliquer l'un ou l'autre des art. 421 ou 422 CC, selon l'occurence. Nous ne le pensons pas. En effet, une pareille mesure relève de l'art. 325 CC. Une mesure en tout cas importante et indispensable paraît être la publication de toute mesure restreignant l'exercice de l'*administration* et par conséquent de la représentation légale du détenteur de l'autorité parentale (cf. SCHIESSER, p. 96 et 140/141). BINDSCHEDLER (p. 32) suggère aussi qu'il y aurait lieu

convient d'exclure les ordres qui sont inexécutables, parce qu'ils dépendent d'une décision du juge ordinaire. Nous entendons par là que l'autorité tutélaire ne peut pas prendre des mesures tendantes à faire exécuter ce qui relève en principe de l'action du chef de la gestion d'affaires, lorsque les parents sont tenus de rembourser à l'enfant les sommes qu'ils ont prélevées sur le capital de celui-ci, sans respecter les règles de l'art. 320 al. 2 CC. L'action en restitution relève ici du juge civil ordinaire, exactement comme l'action en fixation des subsides dus par les parents (374).

Il va de soi pour nous que l'autorité tutélaire ne saurait se borner à ordonner aux père et mère des mesures de gestion, sans se donner la peine d'en surveiller l'exécution. Il en résulte que, pour ce qui concerne les biens ou les actes qu'elle a ordonnés, en tout cas, l'autorité doit demander des comptes et des rapports, si elle ne l'a déjà fait soit en application de l'art. 318 al. 3 CC, soit en application de l'art. 324 al. 1 CC.

§ 3. Prestation de sûretés

Cette mesure est soumise, il va sans dire, aux conditions générales que nous avons vues au chapitre premier (374*bis*). Mais elle l'est aussi à cette condition particulière que les comptes et le rapport pério-

dans l'intérêt des tiers de publier les mesures prises en application de l'art. 297 CC. Nous approuvons entièrement ce point de vue, même en dehors d'un texte légal exprès.

(374) *Contra* Hegnauer, n. 74 ad 297 CC; Bindschedler, p. 127; Schiesser (p. 116/117, n. 18), Widmer (p. 30) et Tenchio, p. 90. Pour Schiesser (RDT 1946 p. 47) et Baumann (RDT 1948 p. 52) l'autorité tutélaire peut ordonner au détenteur de l'autorité parentale de restituer ce qu'ils ont prélevé en violation de l'art. 320 al. 2 CC. Cela nous paraît impossible, faute de compétence: l'autorité tutélaire dépasserait ses attributions en prononçant une condamnation pécuniaire, puisqu'elle ne ferait en pareil cas que de statuer par anticipation sur l'action en restitution de l'art. 300 CC. Nous paraît appartenir à cette catégorie l'ordre mentionné par Egger (n. 9 ad 297 CC), d'indemniser les pertes subies par le patrimoine du mineur, ce qui relève du juge ordinaire. Que l'autorité tutélaire ne puisse ordonner la restitution ne signifie pas cependant qu'elle ne puisse, lorsque l'intérêt du mineur le justifie, provoquer, le cas échéant en désignant un curateur de l'êart. 392 ch. 2 CC, une action judiciaire en vue de la restitution (cf. Hegnauer, n. 79 a ad 297 CC).

(374*bis*) Le Tribunal fédéral (TF, 2e Cour civile, 3 décembre 1942, Moser RO 68 II n° 54 cons. II/3 litt. b et c p. 357 et ss) paraît aller beaucoup plus loin en considérant que lorsqu'après l'acte de partage la prt des enfants consiste en une créance contre leur père, les organes de la tutelle ont l'obligation, en vertu des art. 282 ancien et 392 ch. 2 CC, non seulement de fixer la part de chacun d'eux, mais aussi de prendre les mesures indiquées pour sauvegarder leurs droits, en exigeant au besoin des garanties réelles. En pareil cas, le danger résulterait simplement de la consistance du patrimoine du mineur en créance contre le titulaire de l'autorité parentale. Certes, dans l'arrêt, le

dique ne suffisent pas. Il en résulte qu'elle n'est applicable, si nous nous référons à ce que nous avons dit ci-dessus, qu'au titulaire unique de l'autorité parentale (art. 318 al. 2 CC), qu'à celui dont la situation particulière a entraîné l'application de l'art. 318 al. 3 CC, qu'à celui enfin qui, n'assurant pas suffisamment une administration diligente, s'est vu astreindre à des comptes et rapports en application de l'art. 324 al. 1 CC. Dans cette dernière hypothèse, la prestation de sûretés ne peut être ordonnée d'emblée. En effet, le seul fait que l'art. 318 CC ait été appliqué à l'intéressé ne permet pas de demander des sûretés — puisque pour autant il ne manque pas nécessairement à ses devoirs — et que la loi exigeant que des comptes et rapports aient été demandés sans résultat, il faut bien que l'événement ait montré qu'il n'y a plus rien à attendre de cette mesure préalable et nécessaire.

Ce que la prestation de sûretés tend à garantir, c'est la restitution du patrimoine du mineur dans son intégrité (375). Il ne s'agit

Tribunal fédéral constate que l'exigeance de garanties réelles s'impose parce que la dette du co-partageant envers les mineurs est échue au jour de l'ouverture de la succession et que la prestation de sûretés réelles remplace ce paiement immédiat, garantissant en définitive un paiement différé et par conséquent un crédit fait. Selon le Tribunal fédéral, l'art. 297 ancien CC n'est pas applicable en pareille hypothèse (cons. II/3 litt. c, p. 359). Mais cette réserve n'y fait rien. Si les conditions posées par le Tribunal fédéral suffisent à motiver impérativement (quant aux organes de la tutelle) la prestation de sûretés par le détenteur de l'autorité parentale, il tombe sous le sens que sous le couvert d'une obligation de diligence, c'est une norme ou bien indépendante de l'art. 297 ancien CC – et de l'art. 324 CC — mais contraire à cet article, ou bien une norme d'interprétation, et alors on ne peut plus parler de péril des biens du mineur comme condition de la prestation de sûretés.

(375) Y compris par conséquent les prélèvements indus au sens de l'art. 320 al. 2 CC, même si l'autorité tutélaire ne peut en ordonner la restitution (cf. n. 374). Lorsque le patrimoine à restituer se compose pour le tout d'une prétention successorale née sur la tête du mineur au décès d'un parent, les sûretés peuvent aussi être celles que prévoit l'art. 464 CC, lorsque les conditions en sont réunies. C'est l'avis de SCHIESSER (RDT 1946 p. 90), qui ajoute — s'opposant à une opinion zurichoise représentée par un arrêt non publié dont il donne la date — que le mineur peut demander les sûretés aussi bien au titre de l'art. 464 CC qu'à celui de l'art. 324 al. 2 CC. Nous sommes de son opinion. HEGNAUER (n. 63 ad 290 CC) relève à juste titre que c'est au juge civil, non à l'autorité tutélaire, qu'il appartient de déterminer quels objets appartiennent au patrimoine du mineur. Pour SCHIESSER (p. 150 et n. 84 *loc. cit.*), dès lors que le détenteur de l'autorité parentale est obligé tant envers l'Etat qu'envers le mineur de bien administrer, et que les sûretés au sens de l'art. 297 al. 2 CC tendent à garantir cette bonne administration à l'égard de l'un comme de l'autre, le droit d'exiger les sûretés appartient aussi bien au mineur, en application du droit privé, qu'à l'autorité publique, ici l'autorité tutélaire, en vertu du droit public. Cela nous paraît une erreur. Certes, le détenteur est tenu d'administrer aux fins qui sont reconnues à son administration. Certes, encore, le mineur a un intérêt à cette bonne administration et cet intérêt correspond à une prétention fondée sur l'art. 272 CC. Au titre du bien commun, l'autorité publique peut exiger que l'administration légale soit conforme à la finalité qui est assignée à la famille en cette matière. Cependant, il en résulte que si c'est au titre du bien commun que

pas, comme bien l'on pense, d'une restitution des choses qui composent ce patrimoine, mais de la restitution de sa valeur (375 *bis*) C'est dire que le risque à couvrir est celui de perte ou de dépréciation comptables, dans la mesure où l'une et l'autre sont imputables à l'action ou à l'inaction du titulaire de l'autorité parentale administrateur (375 *ter*).

Il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas possible d'astreindre le titulaire de l'autorité parentale à des sûretés pour assurer la restitution du patrimoine d'affectation visé à l'art. 320 al. 1 CC, puisqu'aussi bien les père et mère n'ont pas à le restituer, mais à l'affecter à l'entretien et à l'éducation du mineur. Rien, en effet, de

l'autorité tutélaire, revêtue de la partie de l'autorité publique afférente à ses fonctions, peut intervenir quand l'administration n'est plus assurée ou ne l'est plus conformément à ses fins, ce droit d'intervention toutefois est le seul effet de la soumission de la finalité de la famille au bien commun. En ordonnant les sûretés, l'autorité tutélaire fait un acte de juridiction et rend, en particulier, un prononcé qui a une valeur constitutive (et non pas simplement déclarative). Du fait qu'on a intérêt à la bonne gestion par autrui — de son patrimoine ne naît pas *du même coup* le droit d'exiger des sûretés. En cas d'usufruit successoral au sens des art. 462 ou 473 CC, le mineur n'hérite que la nue-propriété. Dès lors, pour tout le patrimoine consistant en nue-propriété, les sûretés sont exclusivement prévues par l'art. 464 CC. En revanche, pour le patrimoine qui n'est point grevé d'usufruit successoral, c'est l'art. 324 CC qui est applicable. La différence essentielle entre ces deux régimes est que les sûretés de l'art. 464 CC subsistent en principe jusqu'au décès du titulaire de l'usufruit, alors que celles de l'art. 324 CC cessent au moment de la restitution, c'est-à-dire lors de la majorité du mineur. SCHIESSER, cependant (p. 157), cite une décision zurichoise, non publiée, renvoyant le mineur nu-propriétaire à demander les sûretés au détenteur de l'autorité parentale et titulaire de l'usufruit successoral en application de l'art. 324 CC. Cette position, comme à SCHIESSER du reste, nous paraît erronée.

(375 *bis*) Selon SCHIESSER (p. 158), lorsque la nature et l'étendue du patrimoine du mineur est contestée par le titulaire de l'autorité parentale requis de fournir des sûretés, l'autorité tutélaire doit provoquer une action en déclaration de droit du juge ordinaire. Fondamentalement, cette position nous paraît juste, mais attendu le but visé par l'art. 324 CC, il nous paraît que l'autorité tutélaire peut ordonner des sûretés pour le patrimoine dans la consistance et l'étendue avec lesquelles il apparaît, sous réserve du résultat d'éventuelles actions en déclaration de droit ou en revendication. Il est bien entendu au surplus qu'il s'agit du patrimoine soumis à l'administration des parents, à l'exclusion des biens libérés de l'administration (HEGNAUER, n. 120 ad 297 CC).

(375 *ter*) HEGNAUER (n. 109 ad 290 CC) relève que, après le partage successoral auquel sont intéressés le détenteur de l'autorité parentale et le mineur, il y a lieu pour le détenteur de fournir des garanties lorsque la part du mineur ne lui est pas transférée. Il n'y a en cette matière qu'à appliquer l'art. 402 CC. En pareil cas, *a)* ou bien les père et mère ont un patrimoine suffisant pour que la restitution du patrimoine soit assurée, et il n'y a pas lieu à sûretés; *b)* ou bien ils ne l'ont pas, et en application de l'art. 402 al. 1 CC, des garanties peuvent leur être demandées, à quel défaut, le remboursement de leurs dettes envers le mineur sera exigé (nous insistons sur le fait qu'il s'agit de l'application de l'art. 402 CC); *c)* s'ils sont incapables et de rembourser et de fournir les garanties, on ne voit plus quel intérêt il peut y avoir à appliquer l'art. 324 CC. Autrement dit, dans l'hypothèse visée par HEGNAUER, c'est l'art. 402 al. 1 CC qui doit être appliqué, et ce par l'intermédiaire d'un curateur de l'art. 392 ch. 2 CC.

ce capital ou de ses fruits naturels ou civils ne doit en principe être remis à son titulaire en fin d'administration. Il n'y a en conséquence à garantir ni restitution, ni même réparation du dommage, s'il y a lieu (376). C'est par d'autres mesures qu'il faut chercher le remède adéquat à la négligence des parents en pareille matière: ordre de l'autorité tutélaire de faire d'autres placements, ou de convertir des titres, ou de louer les biens qui peuvent l'être, etc.

En revanche, pour ce qui concerne la partie du patrimoine du mineur soumise à restitution, les sûretés peuvent tendre à l'assurer non seulement quant au capital, mais aussi, quant au surplus des fruits naturels ou civils qui appartient au mineur (art. 319 al. 2 CC) et dont les père et mère, n'en ayant pas l'emploi pour l'entretien et l'éducation de l'enfant, doivent assurer la productivité en les plaçant à intérêt, exactement comme le tuteur (art. 401 CC). Si donc le titulaire de l'autorité parentale ne donne pas au patrimoine restituable du mineur une productivité suffisante, et que dans ces conditions il épuise les revenus en les affectant à l'entretien et à l'éducation du mineur, il peut être astreint à garantir la restitution du reliquat que laisserait à cet égard une gestion diligente, et ce, capital et intérêt.

Il nous paraît tout naturel d'admettre que les sûretés peuvent servir à garantir le risque né d'une seule opération, si celle-ci est importante et menace dangereusement l'ensemble du patrimoine du mineur aussi bien que le risque résultant de l'administration des détenteurs de l'autorité parentale envisagés généralement. Les sûretés devront être exigées même s'il apparaît que les père et mère ont une fortune suffisante pour que la restitution du patrimoine du mineur en son entier paraisse assurée au moment du règlement de comptes. Cela est suffisamment apparent lorsque l'on songe que si leur situation propre était compromise au point que cette restitution ne pût être sérieusement attendue, il n'y aurait guère d'espoir fondé, par le fait même, de leur faire fournir des sûretés convenables. Ce qui signifie qu'en réalité celles-ci n'auront de lieu que si précisément l'état des père et mère leur donne les moyens de les offrir. On doit donc considérer que les biens du mineur sont en danger au point de justifier la mesure qui nous occupe quand bien même les père et mère peuvent restituer en tout temps et jusqu'au moment où la minorité prendra fin.

Les sûretés peuvent être prestées sous des formes diverses. Il peut s'agir d'abord de sûretés réelles: gage immobilier, hypothèque,

(376) Dans notre sens, TENCHIO, pour qui en ce cas l'autorité de tutelle peut demander un nouvel inventaire (p. 90). C'est évidemment sous réserve de l'art. 325 al. 3 CC.

cédule hypothécaire et lettre de rente (793 al. 1 CC); de gage mobilier (nantissement et gage mobilier sans nantissement, art. 884 al. 1 CC): ensuite de sûretés personnelles, au sens propre, par cautionnement (art. 492 CC) ou par acceptation ou aval de change (art. 1011 et 1020 CO), ou par l'emploi d'autres formes à des fins de garantie: porte-fort, solidarité, reprise de dette cumulative (art. 111, 143, 175 CO), transfert de propriété aux fins de garantie (377).

C'est à l'autorité tutélaire elle-même qu'il appartient de condamner le détenteur de l'autorité parentale à fournir des sûretés. Il est loisible en revanche à ce dernier de proposer telle forme de sûretés qu'il voudra (378). En ce cas, l'autorité se borne à vérifier si elles sont suffisantes. Si elles ne le sont pas — ou si les père et mère ne font aucune proposition —, il appartient à l'autorité tutélaire de déterminer cette forme (379).

Au surplus, les père et mère peuvent en tout temps proposer un changement de sûretés, de même que l'autorité tutélaire peut en tout temps les y astreindre, lorsque la situation l'exige (380).

La décision de l'autorité tutélaire ordonnant au détenteur de l'autorité parentale de fournir des sûretés est susceptible d'exécu-

(377) Sur les différentes espèces et formes de sûretés, cf. SCHIESSER, p. 151, et HEGNAUER (n. 121 à 126 ad 297 CC). SCHIESSER (p. 153) exclut l'annotation d'une restriction au droit d'aliéner les immeubles au sens de l'art. 960 CC. Pour nous, cependant, une telle mesure peut être ordonnée par l'autorité tutélaire à titre provisoire et avant la constitution définitive des sûretés.

(378) Par exemple, le nantissement dans une banque d'actions appartenant au détenteur de l'autorité parentale (RDT 1950 n° 14 p. 17). Dans notre sens, HEGNAUER (n. 116 ad 297 CC). Cf. la n. 379. SCHIESSER (p. 151) se borne à dire qu'avant de fixer le mode et l'étendue des sûretés, l'autorité tutélaire entend les parents.

(379) Pour HEGNAUER (n. 116 et 117 ad 297 CC), les parents sont entièrement libres de déterminer la forme dans laquelle ils entendent offrir des sûretés; l'autorité tutélaire se borne à apprécier si ladite sûreté est suffisante. En revanche, si dans le délai raisonnable qui leur est fixé les père et mère ne font point de proposition, l'autorité tutélaire détermine la forme des sûretés, en prenant en équitable considération les intérêts des parents. Dans ce sens, SCHIESSER (p. 151) et SILBERNAGEL (n. 21 ad 297 CC). Pour cet auteur, l'autorité tutélaire prend une véritable décision, susceptible d'exécution forcée (il est vrai que SILBERNAGEL ajoute que l'exécution forcée doit être requise auprès du «juge civil»).

Pour TENCHIO (p. 91), c'est l'autorité qui décide du mode et de la mesure des garanties.

L'autorité tutélaire peut également ordonner des sûretés à titre provisoire, jusqu'à décision définitive prise en application de l'art. 297 ancien CC (dans ce sens, HEGNAUER, n. 79 ad 297 CC).

(380) Dans ce sens, HEGNAUER (n. 130 ad 297 CC). Cet auteur ajoute (n. 131 ad 297 CC) que l'ancienne sûreté n'est restituée que lorsque la nouvelle est à la disposition de l'autorité tutélaire.

tion forcée conformément à la LP (art. 38 LP) (381) aux conditions suivantes:

1. Celui qui est obligé de fournir les sûretés ne peut être que le détenteur de l'autorité parentale, qui seul est légalement tenu de garantir du chef de perte ou dépréciation, au sens de l'art. 324 al. 2 CC, ou le tiers qui s'y est engagé.

2. Les sûretés ordonnées doivent être fournies en espèces, ou être ordonnées de manière indéterminée; en effet, c'est dans ce seul cas que la LP est applicable; dans l'hypothèse où les sûretés seraient ordonnées sous une autre forme qu'en espèces, c'est le droit cantonal sur l'exécution forcée qui ferait règle (382).

Lorsque le détenteur de l'autorité parentale ou le tiers, ayant donné son consentement aux sûretés, ne consent pas aux actes d'exécution nécessaires, l'autorité tutélaire doit rendre un jugement qui tient lieu de déclaration de volonté (383).

On a tenté de nier la possibilité, en fait ou en droit, de la condamnation à des sûretés prononcée par l'autorité tutélaire (384). Pour certains auteurs l'exécution forcée est sans intérêt, parce que

(381) Dans ce sens, HEGNAUER (n. 133 ad 297 CC).

(382) C'est au bénéfice de cette distinction que nous admettons l'opinion de SCHIESSER (RDT 1946 p. 90) et de BAUMANN (RDT 1948 p. 54), que l'exécution forcée peut intervenir sous la forme d'un séquestre. Oui, s'il ne s'agit pas de sûreté en espèces ou sous une forme indéterminée. Non, dans le cas contraire. SCHIESSER (loc. cit.) envisage que le dépôt *(Hinterlegung)* de valeurs déterminées du détenteur de l'autorité parentale peut intervenir par une procédure d'exécution forcée de droit cantonal. C'est inexact. Pour nous, l'exécution forcée d'une prestation de gage relève de la LP.

(383) Dans ce sens, semble-t-il, HEGNAUER (n. 115 ad 297 CC).

(384) SCHIESSER (RDT 1946 p. 90) tient l'exécution forcée pour possible. Voir cependant n. 382. La décision de l'autorité tutélaire qui astreint à des sûretés le détenteur de l'autorité parentale est, du chef de la fonction même de l'autorité de tutelle, un jugement, même s'il ne s'agit pas d'un prononcé statuant sur des prétentions contestées entre la personne qui prétend à l'existence d'un droit personnel contre une personne qui, elle, prétend à la libération. Cf. sur ce point SCHIESSER, p. 154/155. Comme ce dernier ne reconnaît pas un jugement sur une telle décision, il essaie de se tirer d'affaire en prétendant que, outre la prétention de droit privé de l'enfant à la prestation de sûretés, il y avait une obligation de droit public du détenteur de l'autorité parentale envers l'autorité tutélaire à cette même fourniture de sûretés (p. 150). Ce qui fausse son raisonnement c'est qu'il méconnaît que la décision de l'autorité tutélaire est un jugement. En effet, on doit entendre, selon nous, par un jugement toute décision fondée sur le droit privé, rendue par une autorité quelconque, civile ou administrative, obligeant une personne à faire ou à ne pas faire quelque chose. En particulier, le jugement n'a pas pour caractéristique essentielle de statuer sur l'existence d'un rapport d'obligation entre deux personnes déterminées, de telle manière que soit reconnu le droit de l'une d'entre elles d'exiger de l'autre un *facere* ou un *non facere*. On se demande, si tel était le cas, dans quelle catégorie il faudrait placer la sentence du juge prononçant le divorce, c'est-à-dire la dissolution du lien conjugal, purement et simplement et indépendamment de toute obligation née de cette situation à la charge de l'un des conjoints envers l'autre.

les parents sont, soit au-dessus de leurs moyens, soit insolvables (385). L'argument ne nous paraît pas de grande valeur. Il serait absurde pour l'autorité tutélaire d'astreindre à des sûretés des insolvables, sauf dans la mesure où des tiers intercéderaient.

Egger déduit de l'interdiction des poursuites entre époux (art. 173 CC), une interdiction, par analogie, quoique non exprimée par la loi, entre mineur et détenteur de l'autorité parentale. Il prétend déduire également cette impossibilité de l'art. 134 ch. 1 CO, selon lequel la prescription ne court pas et, si elle a commencé à courir, est suspendue à l'égard des créances des enfants contre leurs père et mère, tant que dure l'autorité parentale (386). D'une part, alors que l'on peut fort bien admettre l'interdiction des poursuites entre époux aux motifs que de pareils procédés ne peuvent qu'engendrer l'animosité entre membres d'une même famille, le même argument ne vaut pas s'agissant d'exécuter une mesure ordonnée par l'autorité, à laquelle la volonté et les sentiments du mineur n'ont point de part. En outre, on ne voit pas en quoi le privilège établi par l'art. 134 ch. 1 CO, institué au bénéfice du mineur, viendrait à son détriment empêcher qu'il ne puisse être suivi par voie d'exécution forcée à la prestation de sûretés par le détenteur de l'autorité parentale. Au surplus, et surtout, il ne s'agit nullement d'une prétention de l'enfant contre ses père et mère. Certes, c'est le patrimoine du mineur que la décision de l'autorité tutélaire tendante à la fourniture de sûretés vise à protéger. En ce sens, la décision est rendue au bénéfice de l'enfant. Pour autant, il n'existe aucun lien d'obligation entre les père et mère et le mineur. L'obligation de fournir des sûretés est en réalité un devoir légal, qui naît de la décision de l'autorité tutélaire. Fondé sur le droit civil, c'est néanmoins un devoir de droit civil et non de droit public. L'argumentation d'Egger nous paraît donc tomber à faux (387).

§ 4. Consignation

A titre d'alternative aux sûretés, l'art. 324 al. 2 CC prévoit que l'autorité tutélaire peut exiger des père et mère une consignation. Cela, aux mêmes conditions que les sûretés, de sorte que sur ce

(385) Ainsi Baumann (RDT 1948 p. 53/54), Du Pasquier (RDT 1948 p. 58) et Hegnauer (n. 133 ad 297 CC).

(386) Egger, n. 12 ad 297 CC combiné avec n. 10 ad 205 CC.

(387) Dans ce sens, Schiesser (p. 153/154).

Curti-Forrer (n. 7 ad 301 CC) remarque que la loi n'a pas prévu par analogie avec l'art. 173 CC de restriction au droit de poursuivre accordé aux enfants.

Pour Hegnauer (n. 162 ad 272 CC), il n'y a point d'interdiction des poursuites entre les père et mère et leur enfant analogue à celle qu'établit l'art. 173 CC.

point nous renvoyons à ce que nous avons dit au paragraphe 3 ci-dessus.

Consignation s'entend des biens du mineur, il va sans dire. Sinon, on se trouverait en présence d'un gage — constitué par le titulaire de l'autorité parentale ou par un tiers — sous forme de nantissement. Cela étant, nous tenons cette mesure pour impraticable, même sous l'empire du texte nouveau, comme elle l'était sous l'empire de l'ancien, à savoir pour les raisons suivantes, qui demeurent:

Il est l'essence des garanties dont nous parlons de grever le patrimoine du détenteur de l'autorité parentale ou d'un tiers, à l'exclusion de celui du mineur. C'est pourquoi il nous paraît singulier que l'on puisse citer parmi les garanties visées par l'art. 324 al. 2 CC le dépôt en lieu sûr des titres, objets de prix, documents importants et autres choses semblables appartenant au mineur (art. 399 CC) (388). On pourrait, il est vrai, nous opposer l'art. 760 al. 3 CC, selon lequel, si l'usufruit a pour objet des papiers-valeurs, le dépôt des titres suffit (à constituer les garanties visées par l'art. 760 CC). Certes, le dépôt des titres vise des choses appartenant au propriétaire qui précisément réclame des sûretés. Cela ne suffit pas à faire admettre qu'il s'agit de sûretés au sens de la loi et, pour le cas qui nous occupe, au sens de la note marginale adjacente à l'art. 760 et des paragraphes 1 et 2 du même article. Tant il est vrai que si le dépôt des titres suffit, il ne suffit pas à constituer une sûreté (ce qui ferait du dépôt une sûreté), mais à dispenser l'usufruitier, précisément, de prester les sûretés au sens où nous l'entendons ici. D'un autre côté, le dépôt au sens de l'art. 399 CC est absolument inutile, dans la mesure où il s'agit de prévenir les risques de mauvaise administration (389). D'une part, en effet, la

(388) Comme le fait par exemple HEGNAUER (n. 121 et 122 ad 297 CC), qui ajoute même que le dépôt est la règle en matière de protection du patrimoine du mineur.

SCHIESSSER (p. 151/153) est lui aussi partisan de ce système, de même que EGGER (n. 12 ad 297 CC).

Le Conseil d'Etat du canton d'Argovie considère le dépôt de l'art. 399 CC — avec droit restreint de disposition des parents – comme une «sûreté» au sens de l'art. 297 al 2 CC ancien (cf. SJZ 25/1928/29, p. 124 nº 24). Cf. enfin la n. 371.

(389) A distinguer soigneusement (cf. TENCHIO p. 91) du dépôt de papiers-valeurs appartenant au détenteur de l'autorité parentale en mains de l'autorité ou dans une banque à son nom, ce qui n'est rien d'autre qu'un nantissement.

On relèvera que le Tribunal fédéral (TF, 2e Cour civile, 30 septembre 1925, KNÖPFLI, RO 51 II nº 56 cons. 3 p. 363) considère que le dépôt des valeurs du mineur entre les mains de l'autorité tutélaire est une forme acceptable de sûreté au sens de l'art. 297 al. 2 ancien CC, pourvu que ce dépôt ne retranche rien à l'exercice du pouvoir de disposition des père et mère sur ces valeurs, quant au placement et quant au revenu.

mention que ce dépôt ne doit en aucun cas gêner l'administration dans l'article même suffit à montrer que le détenteur de l'autorité parentale ne saurait être limité par là dans l'exercice de son droit d'administration. D'autre part, si, par le dépôt, l'autorité tutélaire entendait exercer ou faire exercer par un tiers auxiliaire un contrôle quelconque, outre que le détenteur de l'autorité parentale pourrait, non seulement s'opposer victorieusement à toute tentative de restreindre son droit d'administration, mais encore s'appuyer même et précisément sur l'art. 399 CC pour requérir, et à bon droit, que ces titres soient placés chez un tiers auxiliaire choisi par lui, s'il prouve que ce placement est encore plus sûr que celui déterminé par l'autorité; celle-ci serait absolument désarmée devant l'exigence du titulaire de l'autorité parentale de recouvrer la possession du titre, ou de l'objet, dans la mesure où cette possession serait nécessaire par hypothèse à un acte d'administration. Quant aux actes d'administration qui ne supposent pas la possession, on juge si le dépôt de l'art. 399 CC est de nature à les empêcher. En d'autres termes, l'autorité tutélaire serait contrainte, en cas du moindre conflit, de gêner le détenteur de l'autorité parentale dans son administration ou de l'en priver, ce qui excéderait largement la *ratio legis* de l'article lui-même. C'est dire que cette position position indéfendable ne saurait servir au but visé par les garanties de l'art. 324 al. 2 CC (390). En définitive, ou bien le dépôt des titres et objets de

(390) Il est vrai que pour HEGNAUER (n. 128 ad 297 CC), les pouvoirs de l'administrateur sont limités dans la mesure nécessitée par le but des sûretés. Dans tous les cas, les père et mère ont le droit de convertir les créances et de faire de nouveaux placements (HEGNAUER, n. 129 ad 297 CC).

C'est à juste titre que DU PASQUIER (RDT 1948 p. 58) fait remarquer que le droit d'administration, inséparable du droit de disposition du détenteur de l'autorité parentale, s'oppose à ce que les biens du mineur soient frappés d'indisponibilité (par dépôt de l'art. 399 CC et soumission des actes d'administration à l'approbation de l'autorité tutélaire). Il ajoute que le dépôt des titres en lieu sûr n'empêche le détenteur de l'autorité parentale ni de disposer ni d'administrer. SPITZER cependant (RDT 1955 p. 9) décrit que par le terme de sûreté, l'on ne peut entendre en pratique que la consignation des biens des enfants.

Pour SCHIESSER, il approuve la prestation de sûretés sous forme de dépôt des titres du mineur au greffe de l'autorité tutélaire (ou plus exactement dans la *Schirmlade* de celle-ci) ou dans une banque apte à recevoir le dépôt de valeurs pupillaires, avec cette modalité qu'un acte de disposition quelconque du détenteur de l'autorité parentale devra être autorisé par l'autorité tutélaire – ou la personne ou autorité qu'elle délègue à cette fin — qui examinera si l'opération projetée, sur laquelle l'autorité tutélaire devra être complètement renseignée, est compatible avec le but des sûretés (RDT 1946 p. 89/90). Nous tenons cette opinion pour une double erreur: 1° le dépôt des titres au sens de l'art. 399 CC ne tend pas à la constitution de sûreté, pour des raisons que nous exprimons au texte; 2° l'approbation de l'autorité tutélaire requise pour une opération — suite nécessaire du dépôt, d'ailleurs — méconnaît l'autonomie du détenteur de l'autorité parentale en matière d'administration des biens du mineur. Si l'approbation

prix s'accompagne de restriction dans le droit d'administrer, et cette mesure est inutile en ce qui concerne le parent, puisqu'elle a lieu de plein droit à l'égard du représentant légal (curateur) qu'il faudrait nommer pour le remplacer dans le droit d'administration dont il est privé, ou bien il ne s'accompagne d'aucune restriction dans l'administration et il n'est en rien remédié au risque que l'on envisage de couvrir.

de l'autorité tutélaire est nécessaire, alors les père et mère sont placés sous la surveillance qu'exerce l'autorité tutélaire sur un tuteur: cela revient, dans l'hypothèse de SCHIESSER, à cumuler deux mesures de l'art. 325 al. 1 CC et 324 al. 2 CC — ce qui ne peut être et ce que SCHIESSER exclut lui-même (BAUMANN, RDT 1948 p. 53 fait la même remarque) sans compter que — faute théorique — c'est, tout en refusant de faire du dépôt de l'art. 399 CC un gage (c'est une absurdité s'agissant d'engager les biens mêmes du bénéficiaire du gage et une illégalité dans la mesure où il y a gage sans nantissement puisque l'auteur du gage en garde la possession, même dérivée), vouloir appliquer au détenteur de l'autorité parentale la règle que le constituant du gage ne peut faire de l'objet engagé un usage incompatible avec l'obligation qui pèse sur la chose. C'est à de telles incohérences et absurdités qu'aboutit la sûreté sous forme de dépôt de l'art. 399 CC.

Les arguments contre SCHIESSER valent aussi contre BAUMANN, qui est du même avis (RDT 1948 p. 53/54).

TITRE QUATRIÈME

Le retrait de l'administration et les mesures analogues

(art. 308 al. 3 et 325 CC)

Chapitre premier

Les mesures possibles

Section 1 : La déchéance de l'administration légale

§ 1. Nature de la mesure

La loi parle, à l'art. 325 CC, du retrait de l'administration comme elle parle, à l'art. 311 CC, du retrait de l'autorité parentale. On en conclurait trop vite que le terme de retrait a le même sens dans les deux cas. Nous allons au contraire entreprendre de démontrer que le même terme recouvre des sens non seulement différents, mais opposés, ce qui fait du mot une pure équivoque. Cela nous servira à montrer que le retrait de l'administration légale n'affecte en réalité que l'exercice de l'autorité parentale, non sa titularité. Cela nous amènera à nous demander s'il n'existe pas d'autres modes de restriction dans l'exercice de l'administration légale que celui que mentionne l'art. 325 al. 1 CC. Tel est l'objet de ce chapitre.

L'autorité parentale est, par rapport aux facultés qu'elle implique, ce qu'est la propriété par rapport aux droits réels restreints. Si les facultés en question manifestent un aspect particulier du pouvoir où s'épuise la notion d'autorité parentale, ils ne sont que ses manière d'être, non son être lui-même, de telle sorte qu'elle n'est ni l'un ni l'autre de ces pouvoirs particuliers, ni la somme de ceux-ci : elles s'en distingue comme la cause de son effet, parce qu'elle en est le fondement et la raison d'être. C'est bien pourquoi d'ailleurs toutes les facultés sont anéanties si le rapport qui les fonde est aboli : elles ne sauraient subsister sans lui. Pour éclairer ce que nous disons ici, nous rappellerons le cas où il est pratiquement ou juridiquement impossible aux père et mère d'exercer l'autorité parentale (art. 392 ch. 2 et 3 CC) ; dans cette hypothèse, les père et mère perdent la faculté d'agir au nom du mineur pour faire un acte

ou une série d'actes déterminés, sans la moindre privation d'agir au nom du mineur en général: ils ne perdent pas la titularité de l'administration légale, c'est-à-dire la capacité de disposer des biens de l'enfant et de produire des effets juridiques sur sa tête. Nous rapprocherions le cas dont nous parlons de la différence entre être privé de l'exercice des droits civils et être privé de la jouissance des droits civils. L'autorité parentale, raison d'être et mesure des facultés qu'elle implique, est à celles-ci, ainsi envisagées, ce que la jouissance des droits civils est à leur exercice. La privation d'une faculté impliquée par l'autorité parentale ou de l'exercice des droits civils ne touche pas l'élément fondamental auquel se rapporte celui qui fait l'objet du retrait ou de la privation, mais inversement, la disparition de l'élément fondamental emporte celle de tous les éléments qui en procèdent et qui le manifestent.

Notre opinion est que la loi envisage la déchéance de l'autorité parentale, au premier chef comme la privation de la titularité du pouvoir qui la constitue ou, en d'autres termes, de la qualité de sujet de cette relation d'autorité. Nous nous appuyons sur l'art. 311 al. 3 CC, selon lequel «les effets du retrait s'étendent aux enfants nés après qu'il a été prononcé» — sauf décision contraire expresse —.

Quel est le sens exact de cette disposition? On répondra qu'il s'agit d'une déchéance anticipée de l'autorité parentale sur les enfants qui pourraient naître par la suite aux père et mère (391). Nous entendons bien. Mais ce n'est pas répondre. Retirer l'autorité parentale, c'est en priver, même par anticipation, quelqu'un qui la possède, même si l'on n'envisage qu'une simple antériorité logique de la possession sur la privation. Cela mène à une autre difficulté. Si — même d'un point de vue purement logique — les père et mère possèdent l'exercice de l'autorité parentale, ils l'ont du seul fait de la naissance, et par conséquent sont au bénéfice de la présomption d'aptitude en vertu de laquelle ils reçoivent par le seul effet de la loi la titularité de l'autorité parentale, fonction familiale; en ce cas, pour qu'il y ait déchéance, il faut la démonstration du contraire. Mais comment? Il n'y a aucune preuve que les père et mère exerceront mal leur autorité sur les enfants qui pourraient leur naître. Car enfin, les causes de déchéance ont trait au danger couru par les enfants qui sont effectivement soumis à l'autorité des parents. On

(391) Ainsi, HEGNAUER (n. 41 ad 285 CC), et même dans un mariage consécutif (EGGER, n. 8 ad 285 CC).

BOZER (p. 58) distingue entre la déchéance tutélaire, qui s'étend aux enfants à venir et à ceux d'un nouveau mariage, et la déchéance partielle, qui ne s'étend qu'à certains enfants à l'exception des autres.

Pour BOZER (p. 58) le but de l'art. 285 al. 3 CC ancien est «de ne pas faire inutilement répéter les formalités concernant la déchéance de l'autorité parentale en cas de déchéance totale».

peut donc concevoir que la déchéance vise l'autorité parentale sur les enfants nés, mais qui justifie de l'étendre à ceux qui pourraient naître?

On ne se tirerait pas d'embarras en arguant d'une présomption d'incapacité d'exercer l'autorité parentale sur les enfants à naître, tirée de la déchéance sur des enfants déjà nés. Car si l'on maintient l'hypothèse du retrait anticipé de l'autorité sur les enfants à naître, on se trouve en présence d'une double présomption: s'il y a quelque chose à retirer, c'est-à-dire l'autorité parentale, c'est qu'elle a été reçue par l'effet de la loi en vertu d'une présomption d'aptitude dont nous avons suffisamment parlé ailleurs; si ce retrait a lieu d'avance au bénéfice d'une présomption d'inaptitude qui permet ce retrait, c'est l'absurdité même: on soutient l'existence simultanée et de l'aptitude d'élever des enfants — sinon, pas d'autorité parentale à retirer —, et de l'inaptitude à le faire — sinon pas de déchéance anticipée.

Donc l'art. 311 al. 3 CC n'établit pas une déchéance anticipée. Mais s'il n'y a pas de déchéance, il n'y a rien non plus à retirer aux père et mère touchant les enfants à naître et l'on ne peut que conclure qu'ils sont dans l'incapacité de *recevoir* l'autorité parentale. Autrement dit, la déchéance les prive de l'aptitude à entrer dans la relation d'autorité qui constitue l'autorité parentale et à perdre une qualité qui est implicitement nécessaire pour que l'art. 296 CC trouve son application. C'est ainsi l'aptitude même au rapport d'autorité qui est ôtée aux père et mère et non pas seulement les facultés que ce rapport implique (392). C'est d'ailleurs pourquoi, faute du rapport fondamental qui est la raison d'être et

(392) Ce qui nous permet d'apporter des nuances aux solutions du Conseil d'Etat du canton de Berne dans un arrêt (RDT 1950 n° 39 p. 61) où il avait à décider si la déchéance de l'autorité parentale prononcée par un jugement de divorce s'étendait aux enfants nés du mariage entre les mêmes époux. Le Conseil d'Etat se demande d'abord si la déchéance de l'autorité parentale s'étend à tous les enfants dont la personne qui est touchée par cette mesure sera l'auteur en mariage légitime. Il répond par la négative, pour les raisons que voici: 1° C'est pour des motifs pratiques que l'art. 285 al. 3 CC ancien a été introduit devant les Chambres et adopté par elles; il s'agissait d'éviter d'avoir à introduire une nouvelle procédure. 2° Admettre que l'art. 285 al. 3 CC ancien est destiné à fixer le sort des droits du parent au-delà de l'existence de la communauté des père et mère et de leurs enfants mineurs serait méconnaître la retenue que le législateur entend s'imposer lorsqu'il est nécessaire de protéger les droits de l'enfant. Par conséquent, on doit admettre que la déchéance de l'autorité parentale n'étend ses effets que durant la communauté conjugale pendant laquelle elle a été prononcée. Elle ne s'étend pas aux enfants nés dans une autre communauté conjugale, que le parent se soit marié avec une autre personne que le second parent ou même — après divorce — avec celui-ci. Même dans ce cas, les enfants nés de ce second mariage naissent dans de tout autres circonstances. Pour autant, selon le Conseil d'Etat, les enfants nés au cours du premier mariage ne sont pas, par le fait du second, soumis

la mesure de toutes les facultés qu'il implique, celles-ci disparaissent en même temps et par conséquence. C'est pourquoi aussi la déchéance s'étend à tous les enfants, parce qu'elle agit dans la personne des père et mère: la relation d'autorité est anéantie du moment que les père et mère qui en sont les sujets perdent la qualité légale qui permet d'y entrer. Dans la mesure où l'on veut considérer la titularité de l'autorité parentale comme un «droit» au sens de l'art. 11 al. 2 CC, on pourrait dire que les père et mère cessent de jouir de ce droit et que la déchéance vise la jouissance d'un droit et non son exercice (393).

C'est pourquoi enfin — et c'est cela qui nous intéresse —, la cessation du rapport fondamental d'autorité qui constitue l'autorité parentale emporte la fin de l'administration légale, qui figure parmi les facultés qu'elle implique.

d'office à l'autorité parentale de ces derniers. Il y faut une décision de l'autorité compétente.

Cet arrêt méconnaît gravement, selon nous, que la déchéance de l'autorité parentale vise l'aptitude du père ou de la mère à entrer dans une relation d'autorité sur leur enfant mineur. Or, cette relation est évidemment personnelle, tout de même que l'aptitude en cause: la déchéance de l'autorité parentale suit donc la personne et n'est en rien modifiée par son mariage ultérieur. Du reste, le Conseil d'Etat n'explique pas pourquoi les enfants d'un premier mariage ne sont pas soumis d'office à l'autorité parentale des parents déchus dès le deuxième mariage de celui-ci, si en effet le deuxième mariage éteint la déchéance. Si c'est le cas, que fait renaître le second mariage en la personne des parents, tel qu'ils puissent recevoir et exercer l'autorité parentale sur les enfants issus de la seconde union, mais qu'ils ne puissent le faire sur les enfants issus de la première? Si ce n'est pas la même chose qui est recouvrée (sur les uns), mais qui reste néanmoins perdue (sur les autres), qu'est-ce que c'est? Et si c'est l'autorité parentale, il faut avouer qu'elle doit être considérée non pas dans son sujet (le parent), mais dans ses termes (les enfants), de manière qu'on puisse concevoir plusieurs rapports — vu du côté des enfants — et non un seul — vu du côté des parents. Dans ce cas, certaines relations identiques peuvent naître en tant qu'elles concernent les enfants du deuxième lit, mais non renaître en tant qu'elles visent ceux du premier. Mais alors, qu'est-ce qui justifie l'art 285 al. 3 CC? Le souci d'éviter une procédure, répond le Conseil d'Etat du canton de Berne. Mais qu'est-ce qui nécessite cette procédure — si on désire l'éviter, c'est bien qu'elle s'imposerait — alors que rien dans la manière d'agir du parent ne le rend indigne de la relation de l'enfant qui vient de naître? Qui nécessite cette procédure, d'autre que la perte d'une aptitude personnelle du parent déchu de l'autorité parentale? En réalité, il faut tenir l'opinion de SCHULTHESS (p. 88), que c'est une qualité personnelle des parents que la déchéance de l'autorité parentale a abolie. Et le raisonnement du Conseil d'Etat du canton de Berne s'écroule par la base. Nous concluons donc en définitive que le parent déchu ne retrouve l'autorité parentale sur ses enfants légitimes, en quelque mariage qu'ils lui naissent, que dans les conditions de l'art. 287 CC ancien.

(393) C'est pourquoi, contrairement à HEGNAUER (n. 42 ad 285 CC), nous admettons l'application de l'art. 285 al. 3 ancien CC à tous les enfants qui, postérieurement, naîtront à l'intéressé, peu importe que celui-ci ait ou non pour époux celui dont sont nés les enfants qui motivent la déchéance de l'autorité parentale.

§ 2. Impossibilité de la mesure

Le législateur a supprimé l'art. 298 CC. Il voulait surtout abroger cette disposition telle qu'elle était interprétée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Thioly (394). Il est permis de penser que l'art. 298 CC ne disait pas du tout ce que lui a fait dire le Tribunal fédéral. Pourtant, si l'article a disparu, le principe qu'il a posé demeure. La déchéance (au sens du paragraphe 1 ci-dessus) de l'administration légale n'est pas possible en droit suisse. Pour l'établir, il faut commencer par serrer le sens qu'avait l'art. 298 CC.

Il serait vain de s'interroger sur la portée de cette disposition si l'on ne cherchait à déterminer sa raison d'être, c'est-à-dire la question de droit à laquelle il était appelé à donner une réponse. A cet égard, il est indispensable de revenir aux anciens droits cantonaux. La déchéance de la puissance paternelle (et souvent de la tutelle paternelle, à condition de comprendre l'un et l'autre comme l'autorité des père et mère relativement à la personne de l'enfant) entraînait-elle de plein droit et simultanément la perte de leur autorité sur les biens de l'enfant? Dans les codes cantonaux, telle était la règle générale. Huber le déduisait, selon le cas, soit des termes exprès de la loi, soit de la manière dont, dans cette hypothèse, des codes cantonaux réglaient la jouissance des parents déchus sur les biens de leurs enfants mineurs. Mais dans quelques cas, au contraire, c'était l'administration seule qui était soustraite aux parents, lesquels restaient pour le demeurant titulaires de la puissance paternelle. Dans d'autres législations, le titulaire de la puissance paternelle, c'est-à-dire pratiquement le père, ne perdait que l'administration, tout en gardant la jouissance.

Ainsi donc, pour le législateur fédéral, la question à régler était si l'on devait admettre une déchéance séparée des facultés relatives aux biens des enfants, l'autorité parentale, comprise comme autorité sur la personne des enfants, demeurant intacte. Le législateur a opté pour la solution contraire (394*bis*).

Si l'art. 298 al. 1 CC prohibait la déchéance limitée aux droits sur le patrimoine de l'enfant, c'est que l'on ne peut concevoir dans le système voulu par le législateur la perte de l'aptitude à entrer dans un rapport de droit qui serait une relation d'autorité visant exclusivement le patrimoine du mineur et distincte d'un autre rapport de droit, qui serait une relation d'autorité visant exclusivement la personne de celui-ci. Si cela est inconcevable, c'est qu'il s'agit pour lui du même rapport de droit et d'une seule et même

(394) Cf. note 419.

(394*bis*) Cf. Hegnauer (n. 3 et 4 ad 298 CC).

relation d'autorité, qui prend les noms de puissance paternelle ou d'autorité parentale (dans le sens restreint d'autorité sur la personne du mineur), dans la mesure où elle s'étend à la personne du mineur, et de droits sur les biens de l'enfant (cf. l'art. 298 al. 1 CC ancien qui emploie précisément ces expressions), dans la mesure où elle s'étend à son patrimoine. C'est visiblement ce qu'entendait exprimer l'auteur du Message du Conseil fédéral à l'assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse lorsqu'il disait:

> «Il existe entre la puissance paternelle et les droits des père et mère sur les biens de leurs enfants une connexité qui doit être maintenue, en ce que les mesures de l'autorité prises contre le détenteur de la puissance paternelle influeront sur ses droits d'administration et de jouissance» (395).

Les droits patrimoniaux visés par l'art. 298 al. 1 CC ancien étaient, dans cet article, envisagés dans leur ensemble, et non comme la somme de l'administration et de la jouissance légales.

On pourrait faire trois objections à notre point de vue:

D'abord, selon l'art. 287 al. 1 CC ancien les père et mère étaient rétablis dans «l'exercice» de celle-ci. Comme ils ne peuvent logiquement être rétablis que dans ce qu'ils ont perdu, la déchéance a pour objet l'exercice de l'autorité parentale et non sa titularité, «la jouissance» de ce droit. Par exercice, il faut entendre non le rapport fondamental constitutif de la puissance paternelle, mais les facultés qu'elle implique.

Bornons-nous à relever que seul le texte français du CC permettait cet argument. Il suffit de se référer aux textes allemand et italien pour s'apercevoir que les père et mère étaient réintégrés dans l'autorité parentale. Le texte français dès lors ne contenait qu'une redondance et n'entendait pas opposer l'autorité parentale comme pouvoir fondamental aux facultés particulières qui en découlent.

Ensuite, selon l'art. 298 al. 2 CC ancien, les père et mère pouvaient, s'ils étaient déchus sans leur faute de l'autorité parentale, conserver la jouissance légale des biens de l'enfant. Or, cette jouissance était l'une des facultés impliquées par l'autorité parentale. On ne saurait donc affirmer qu'en pareille hypothèse les père et mère sont déchus de l'autorité parentale dans le sens défini ci-dessus, puisque tel n'est pas le cas de l'une des facultés qui devrait alors cesser en même temps.

La difficulté n'est pas insurmontable. D'abord, nonobstant l'extinction du rapport qui la fonde, la jouissance peut rester aux parents lorsqu'un motif particulier le justifie. Or, la jouissance légale appartenait aux parents détenteurs de la puissance paternelle

(395) Cf. note 10.

comme la contre-partie de leur devoir d'entretien. Comme ce dernier subsiste quand bien même les père et mère sont déchus de l'autorité parentale (art. 289 al. 1 ancien CC), la jouissance légale ne perdait pas la raison d'être qui lui est particulière (396).

Ensuite et surtout, la situation décrite par l'art. 298 al. 2 CC ancien («Lorsque les père et mère sont déchus sans leur faute de la puissance paternelle, ils conservent leur jouissance légale, en tant que les revenus de l'enfant ne doivent pas être consacrés aux frais d'entretien et d'éducation») différait, sur plusieurs points, de la jouissance légale telle qu'elle résultait des art. 292 et 293 ancien CC (397). D'abord, en cas de jouissance légale, les devoirs inhérents à celle-ci étaient ceux même de l'administration. En cas de déchéance de l'autorité parentale, il est évident que ces devoirs prenaient fin et que ceux qui caractérisent l'administration du tuteur s'y substituaient. En particulier, les père et mère déchus n'avaient plus aucun pouvoir de disposition sur les revenus de l'enfant. Qu'on relise l'art. 298 al. 2 ancien CC: leur jouissance n'avait lieu qu'autant que les revenus de l'enfant ne devaient pas être affectés à son entretien et à son éducation. Mais qui a le pouvoir et le devoir d'affecter ces revenus à ces fins, sinon le tuteur, qui exerce les droits des parents, y compris le droit de déterminer l'affectation du revenu, c'est-à-dire le pouvoir de disposition (art. 405 al. 2 CC)? (398). En d'autres termes, les père et mère n'avaient de jouissance que sur le surplus, après déduction faite par le tuteur (399). Mais cela est de soi absolument incompatible avec

(396) EGGER (n. 1 ad 292/293 CC) note bien que la jouissance légale est corrélative au devoir d'entretien de l'art. 272 al. 1 CC.

HEGNAUER (n. 45 ad 292/293 CC) fait remarquer que la jouissance légale des père et mère est le corrélatif de la charge des frais d'administration et d'entretien.

(397) Il est à relever que la jouissance des biens des enfants était supprimée en cas de changement de régime par suite de remariage (art. 286 ancien CC) si le parent était en faute (Direction de la justice du canton de Zurich in RDT 1950 n° 56 p. 126). Cela était logique, puisque la jouissance légale suivait la condition de l'autorité parentale et que celle-ci était éteinte comme régime.

(398) Sur ce point et dans ce sens, cf. HEGNAUER (n. 58 ad 292/293 CC).

(399) On pourrait invoquer à l'appui de ce point de vue HEGNAUER (n. 22 ad 298 CC) qui relève que les père et mère n'ont qu'une prétention *(Anspruch)* sur le surplus des revenus, après prélèvement des frais d'administration et des frais d'entretien et d'éducation du mineur, cf. id., n. 43 ad 292/293 CC.

C'est la situation même, ceci par parenthèse, où se trouvait le père déchu de l'autorité parentale, puisque l'enfant avait un tuteur, dans l'affaire Schärer (TF, 2e Cour civile, 16 novembre 1925, RO 51 III n° 55 p. 220). De saisissable, il n'y avait dans le cas d'espèce que les fruits de la «jouissance légale» échus, en mains du tuteur et à disposition du père. On relève que le produit saisissable n'était rien d'autre que ce que le débiteur, ensuite de «son droit à la jouissance du patrimoine du mineur», se voyait abandonner par le tuteur.

la propriété des fruits naturels du patrimoine des mineurs, aux mêmes conditions que l'usufruitier, et la titularité des créances sur les fruits civils de ce même patrimoine, éléments qui figuraient parmi les constitutifs de la jouissance légale. Dans ces conditions, il est logique de conclure qu'à cet égard, les père et mère avaient simplement une créance contre l'enfant du chef du surplus net, celui-ci étant déterminé par le tuteur (400).

Il résulte de tout ce qui précède que la jouissance légale était profondément modifiée par la déchéance de l'autorité parentale d'une part en ce que le pouvoir des père et mère de disposer des revenus de l'enfant disparaissait, d'autre part en ce que leurs droits ne se traduisaient plus juridiquement qu'en une prétention au surplus net des revenus de l'enfant. On ne saurait donc plus parler justement de jouissance légale de plein exercice. Il s'agissait d'une jouissance légale dégradée (401) — précisément par l'absence du rapport fondamental qui lui donnait sa pleine raison d'être —.

Enfin la dernière objection est celle du Tribunal fédéral, dans l'arrêt Thioly (402), que nous reproduisons ici pour la commodité de la discussion:

> «Par les droits sur les biens, la loi entend non seulement la réunion du droit d'administration et du droit de jouissance, mais aussi le droit d'administration considéré isolément, puisque l'alinéa 2 prévoit que, dans certains cas, le parent déchu de la puissance paternelle conserve la jouissance légale» (403).

(400) Cf. l'arrêt SCHÄRER mentionné à la n. 399. On peut donc se demander si c'est bien à propos d'un père déchu de l'autorité parentale que, dans l'affaire Schärer, le Tribunal fédéral devait affirmer le caractère incessible de la jouissance légale. Si notre thèse est juste, les père et mère déchus de l'autorité parentale n'ont plus la jouissance légale, mais, compte tenu de ce que subsiste de leur devoir d'entretien, un droit dérivé de cette jouissance légale, ou si l'on veut un démembrement de celle-ci, c'est-à-dire une créance sur un produit net.

(401) Il n'est donc pas vrai, comme le dit TENCHIO (ch. 2 ch. 46), que les facultés qui définissent les droits des père et mère sur les enfants sont indépendantes l'une de l'autre et peuvent exister séparément.

A relever que selon Hedwig WIDMER (p. 14), le devoir d'entretien n'est pas purement et simplement un corrélatif de la jouissance légale sur le patrimoine du mineur, puisque la déchéance de l'autorité parentale peut entraîner l'extinction de cette jouissance, en cas de faute des père et mère. C'est vrai, et en ce sens le devoir d'entretien n'est pas une charge de la jouissance légale. Mais l'inverse serait faux. En effet, on peut concevoir que la privation de la jouissance légale en cas de faute des père et mère ait un caractère pénal, sans pour autant que la jouissance restreinte qui demeure au détenteur de l'autorité parentale une fois déchu, lorsque cette déchéance a lieu par sa faute, ne soit fondée en réalité sur le devoir d'entretien et en soit un corrélatif.

(402) Cf. n. 419.

(403) Loc. cit., cons. 3 p. 17.

Mais le Tribunal fédéral ne pouvait dire, à notre avis, et pour les raisons que nous avons vues ci-dessus, que la déchéance de l'autorité parentale survenue sans la faute des parents n'affectait que leur administration légale, en laissant la jouissance intacte. Au contraire, on constate que l'aptitude à administrer et à représenter s'éteignait et que la jouissance légale était dégradée. Et qui provoquait cette dégradation, sinon la disparition du rapport fondamental qui était notamment la raison d'être et la mesure de la jouissance légale au sens plein? C'est pourquoi nous pouvons affirmer que l'art. 298 al. 2 CC ancien comme l'art. 298 al. 1 CC ancien visait les droits patrimoniaux des parents dans leur ensemble et ne permettaient pas d'opposer un sort différent de l'administration et de la jouissance légales en cas de déchéance de la puissance paternelle (404).

En parlant de droits envisagés dans leur ensemble, nous entendons définir un concept analogue à celui de l'autorité parentale envisagé comme un rapport d'autorité distinct de la somme des facultés qui la manifestent: mais, pour tenir compte, pour le cas qui nous occupe, de ces facultés, nous parlerons d'un droit fondamental de disposition sur le patrimoine et la sphère juridique du mineur, que l'on peut analyser en droit de gérer, de représenter et de jouir — dans l'ancien droit. C'est dire que selon nous c'est ce rapport abstrait que visait l'art. 298 CC ancien.

Le droit de disposition abstrait dont nous venons de parler ne disparaît qu'avec l'autorité parentale; c'est le sens de l'art. 298 al. 1 CC ancien; et cela s'explique — nous l'avons vu plus haut (405) — parce que dans notre code l'autorité parentale est un rapport unique, qu'il s'agisse de la personne du mineur ou de ses biens, et de telle manière que ce droit de disposition abstrait dont nous parlons n'est qu'un aspect particulier de ce pouvoir fondamental, de cette maîtrise juridique universelle; il en est ainsi indissociable ou, pour mieux dire, il ne s'en distingue que logiquement, non réellement: il n'en est qu'une apparence distincte.

(404) On rapprochera cet argument de celui de LINK, qui, parlant de la nomination d'un curateur chargé d'administrer au sens de l'art. 297 al. 2 ancien CC et du rapport de cette curatelle avec l'art. 289 CC ancien relève qu'une telle mesure ne serait pas en contradiction avec cette dernière disposition: il suffirait alors de considérer que l'intervention de l'autorité tutélaire ne prive pas les parents de l'entier de leur administration. La loi ne parle que de déchéance des droits patrimoniaux. Ceux-ci comprennent la jouissance en plus de l'administration. On peut soutenir dès lors (selon LINK) que l'art. 298 CC ancien signifie que c'est seulement dans le cas où les parents sont déchus de tous leurs droits patrimoniaux qu'ils doivent aussi être déchus de l'autorité parentale (RDT 1965 V p. 13).

(405) Cf. première partie, tit. 1, chap. 1.

L'art. 298 al. 1 CC ancien ne visait que la déchéance des droits des père et mère sur les biens de l'enfant, notion analogue à la perte de l'aptitude à disposer de la personne du mineur, et par conséquent, aptitude à disposer de son patrimoine et à produire des effets juridiques dans la sphère personnelle de ce dernier.

En parlant de père et mère «privés de leurs droits sur les biens de l'enfant», l'art. 298 al. 1 CC ancien entend «déchus» de leurs droits. Cela résulte à l'évidence du texte allemand, ainsi conçu:

« Die Entziehung der elterlichen Vermögensrechte erfolgt nur in Verbindung mit der Entziehung der elterlichen Gewalt ».

La symétrie des termes employés ne laisse aucun doute. Au surplus, dans le texte allemand, la note marginale, qui ne correspondait pas à la note marginale du texte français, était la suivante:

« Entziehung der Vermögensrechte ».

On doit donc comprendre la déchéance de l'art. 298 al. 1 CC ancien dans le même sens, absolument et rigoureusement, que celle de l'art. 285 CC ancien ou 311 CC. Or nous avons vu qu'il s'agit de la privation, survenant en la personne du titulaire de la puissance paternelle, de l'aptitude à soutenir le rapport d'autorité qui porte ce nom. A l'art. 298 al. 1 CC ancien, il s'agissait de la privation de l'aptitude à soutenir le rapport d'autorité qui a nom, pouvoir fondamental de disposition sur les biens du mineur.

En résumé, nous pouvons soutenir ceci:

En droit suisse, l'autorité parentale se résout fondamentalement en un seul et même pouvoir de disposition, dont les droits des père et mère sur la personne du mineur, d'une part, sur son patrimoine, d'autre part, sont des conséquences et des manifestations. Ce que vise l'art. 311 CC. c'est ce pouvoir fondamental de disposition, l'article faisant abstraction des droits qui en découlent. Lorsque l'art. 311 CC est appliqué, et que ce pouvoir fondamental disparaît, les droits qui en sont la suite disparaissent du même coup par une conséquence nécessaire: c'est une partie de ce que disait l'art. 298 al. 1 CC ancien. Il n'existe donc pas de base légale en vue de la déchéance séparée du pouvoir de disposition sur la personne, d'une part, et du droit de disposition sur le patrimoine, d'autre part: c'est l'autre partie de ce que disait l'art. 298 al. 1 CC ancien. En effet, pour que cette déchéance séparée fût possible, il faudrait logiquement que l'autorité parentale en droit suisse fût la somme de deux ordres de pouvoirs distincts, ce qui est contraire à ce que nous venons de voir. Dès lors que l'art. 311 CC vise et que l'art. 298 al. 1 CC visait la même chose — savoir le pouvoir de disposition fondamentale constitutif de l'autorité parentale —, ni l'un ni l'autre

ne s'occupent des différentes restrictions, quelles qu'elles soient, qui affectent l'exercice de l'autorité parentale sous les espèces de l'administration légale, sans toucher au rapport constitutif.

Comme nonobstant la disparition de l'art. 298 CC, la conception de l'autorité parentale n'a pas changé, ni le sens de l'art. 311 CC par rapport à l'ancien art. 285 CC, il faut bien admettre que nos conclusions sont toujours valables pour ce qui concerne le nouveau texte légal, et que le retrait de l'administration prévu par l'art. 325 al. 1 CC n'est pas une déchéance — contrairement au retrait de l'art. 311 CC — mais tout autre chose. Cela demande des explications supplémentaires.

Section 2: Le retrait de l'administration légale

§ 1. Touchant le détenteur de l'autorité parentale

Nous croyons avoir montré, dans la section précédente, que le retrait de l'administration légale, entendu au sens de déchéance, est de soi impossible, la déchéance ne pouvant consister qu'en l'abolition de l'aptitude à soutenir le rapport de maîtrise juridique universelle qui constitue l'autorité parentale. Le retrait de l'administration légale ne peut être, dès lors, que la privation de l'exercice du pouvoir de disposition sur le patrimoine des mineurs. En pareil cas, l'aptitude à être sujet de ce rapport demeure, mais ne peut être utilisée.

Cet effet du retrait de l'administration légale en application de l'art. 325 al. 1 CC n'est pas une singularité. C'est identiquement la conséquence de l'impossibilité de fait d'administrer établie par l'art. 392 ch. 3 CC et de l'impossibilité de droit statuée par les art. 306 al. 2 et 392 al. 2 CC. Nous nous sommes longuement expliqués sur cet effet en traitant de ces articles. On voudra bien se reporter à ce que nous avons dit alors (406).

Cependant, dès lors que l'administration légale n'est qu'un mode d'être de l'autorité parentale, elle présente les mêmes caractéristiques que celle-ci, et notamment la réunion de deux éléments complémentaires et ordinairement indissociés, l'un matériel, qui est le pouvoir même de disposition envisagé du point de vue de son efficacité juridique; l'autre formel, qui est le type de pouvoir ainsi

(406) Cf. deuxième partie, tit. 2, chap. 3, par. 2.

exercé, c'est-à-dire, s'agissant du titulaire de l'autorité parentale, du titre familial de sa fonction (407). C'est de cet élément formel que procède notamment l'autonomie du détenteur de l'autorité parentale. Or il est possible de concevoir de deux manières le retrait à celui-ci de l'administration légale.

A. *Le retrait au sens propre*

Le retrait de l'administration peut avoir pour effet de priver le titulaire de l'autorité parentale de ses pouvoirs envisagés exclusivement sous l'aspect matériel. Dans ce cas, ses actes perdent toute efficacité juridique. Dès le moment où s'éteignent les pouvoirs matériels impliqués dans l'administration légale, le type qui les qualifie — familial ou tutélaire — perd toute espèce de sens et de signification.

Ce retrait peut toucher la relation d'autorité constitutive de l'administration légale en la personne même du titulaire de l'autorité parentale, sujet du pouvoir de disposition. Dans ce cas, il perd l'exercice de tout ce dont il était capable en la matière en vertu de l'autorité parentale. Le retrait est total, il s'étend à tous les actes qui relèvent de l'administration légale, et par conséquent à l'administration ordinaire comme à l'administration extraordinaire et à tous les patrimoines susceptibles de cette administration, sans aucune espèce de limite. De cette privation complète, un exemple est celle que causerait une impossibilité physique absolue de gérer, frappant le titulaire de l'autorité parentale et nécessitant la désignation d'un curateur au mineur en application de l'art. 392 ch. 3 CC.

Le retrait peut aussi toucher la relation dans l'objet du pouvoir de disposition, c'est-à-dire le patrimoine. A cet égard, il peut n'être opérant que pour un patrimoine déterminé — dans le cas par exemple où il ne regarderait que la gestion du patrimoine d'un enfant seulement, celui des frères et sœurs de ce dernier demeurant soumis à l'administration du titulaire de l'autorité parentale —. Il peut n'atteindre que certains éléments d'un patrimoine déterminé: c'est ce qui arrive quand le disposant attribue au mineur un patrimoine libéré en application de l'art. 321 al. 2 CC ou 322 al. 1 CC, s'il ne désigne pas le titulaire de l'autorité parentale comme l'administrateur.

Le retrait peut enfin toucher la relation dans certains des actes qui en relèvent, et non dans tous. Ainsi arriverait-il si le titulaire de l'autorité parentale à qui l'administration était retirée conservait cependant l'administration ordinaire.

(407) Sur la distinction, cf. première partie, tit. 1, chap. 2.

Toutes ces variantes sont possibles, selon nous, en ce qu'elles permettent à l'action de l'autorité tutélaire de se conformer aux principes qui la régissent. En effet, l'intervention de l'autorité tutélaire est conditionnée par son but, c'est-à-dire par les besoins du mineur. Cela signifie que l'autorité est tenue de faire ce qui est propre à écarter du mineur le danger qui le menace et aussi de s'en tenir là.

Aussi bien, l'autorité ne saurait prendre une mesure qui aille au-delà de la nécessité à laquelle il s'agit de pourvoir. Cela résulte aussi bien de l'art. 307 al. 1 CC (cf. les termes «prendre les mesures nécessaires pour protéger l'enfant») que de l'art. 325 al. 1 CC (cf. les termes «prendre les mesures nécessaires pour protéger les biens de l'enfant»). Quant à la seconde partie de l'affirmation, elle fait l'objet d'un accord universel: la mesure de protection la moins limitative de l'autorité parentale sur l'enfant exclut une mesure plus restrictive. Ainsi que nous l'avons déjà dit, tous les principes valables en matière de protection de la personne le sont également lorsqu'il s'agit de protéger le patrimoine de l'enfant, et notamment la règle que l'autorité parentale doit être sauvegardée, dans sa jouissance et dans son exercice, dans toute la mesure compatible avec la nécessité à laquelle il s'agit de remédier. Cela étant — et les conditions légales étant réunies, cela va sans dire — l'autorité tutélaire peut selon les circonstances de la cause:

1. retirer entièrement l'administration légale aux père et mère, dans les cas par exemple où un interdit est incapable au point de ne pouvoir même gérer lui-même les éléments de son patrimoine en application des art. 412 et 414 CC (408);
2. priver les père et mère du droit d'administrer en tout ce qui excède l'administration courante, savoir pour ce qui concerne les actes énumérés aux art. 404, 421 et 422 CC en tant qu'ils ont un objet patrimonial;

   Il pourra en être ainsi lorsque l'interdit conserve une certaine indépendance en matière de gestion de son propre patrimoine, il se justifie, par analogie pour ce qui concerne l'administration du patrimoine de ses enfants, de lui conserver la même. Cela peut se faire ainsi lorsque le détenteur de l'autorité parentale demande l'institution à son bénéfice d'une curatelle volontaire au sens de l'art. 394 CC. Il invoque en effet à l'appui de sa requête, conformément à l'article même, les motifs qui justifieraient son interdiction, s'il la demandait au sens de l'art. 372 CC. Cela signifie que, pour des motifs identiques, le choix de la mesure, tutelle ou cura-

(408) *Contra*, SCHIESSER (p. 138/139).

telle, relève entièrement du choix du requérant. L'autorité tutélaire ne peut, dès lors, et quand bien même elle jugerait cette mesure nécessaire, accéder à une demande de curatelle volontaire en instituant une tutelle volontaire. Elle doit, dans cette hypothèse, envisager l'application des art. 369 ou 370 CC. Or, si le requérant demandait son interdiction, il pourrait être, en application de l'art. 311 al. 1 CC, déchu de l'autorité parentale. Nous concluons donc qu'ici l'exercice général de l'administration, en tout ce qui excède l'administration ordinaire, peut être retiré (409). Il en va de même, selon nous, dans le cas de la nomination d'un conseil légal gérant de l'art. 395 al. 2 CC au détenteur de l'autorité parentale, qu'il soit imposé ou volontaire, puisque l'intéressé doit être considéré comme un interdit partiel en ce qui touche l'administration de sa fortune. Privé de l'administration de sa fortune et réduit à l'état d'un interdit, il doit être possible de retirer à l'intéressé l'administration des biens de ses enfants (410). Enfin, l'hypothèse visée par l'art. 393 ch. 2 CC est celle d'une incapacité à gérer l'ensemble de sa fortune, et de manière générale,

(409) Nous voudrions attirer l'attention sur un arrêt de la Direction de la justice du canton de Zurich (in RDT 1950 n° 14 p. 17) qui est plein d'enseignements. Les faits de la cause étaient les suivants: A, qui a trois enfants mineurs d'un premier mariage, épouse le Brésilien B, avec qui elle s'établit au Brésil. B est un homme d'affaires, et l'arrêt laisse entendre que les affaires, pour lui, c'est l'argent des autres, et notamment qu'il y a risque pour le patrimoine des mineurs. Sur quoi, l'autorité tutélaire nomme un tuteur C aux mineurs en application de l'art. 286 ancien CC, décision que la Direction de la justice confirme. Pour nous, la nomination d'un tuteur en application de l'art. 286 CC ancien n'est pas une déchéance de l'autorité parentale (qui strictement n'est que celle dont les effets sont définis à l'art. 285 al. 3 CC ancien), mais un changement de régime, la tutelle étant substituée à l'autorité parentale, avec le choix pour l'autorité tutélaire, à l'ocasion, d'examiner la candidature des père et mère comme celle de n'importe quelle autre personne capable (art. 379 CC) et cela parce que la tutelle n'est pas une fonction familiale comme l'autorité parentale. Nous demandons quelle différence il y aurait eu si, appliquant l'art. 297 al. 2 CC ancien (ou 325 al. 1 CC) l'autorité tutélaire avait soumis la mère à la surveillance qu'elle exerce sur les tuteurs — nous entendons au point de vue du statut de l'administration . Nous demandons surtout quelle différence il y aurait eu si un curateur — qui a les pouvoir d'un tuteur — avait été désigné aux enfants en vertu de l'art. 297 al. 2 CC ancien, l'exercice de l'administration de la mère sur les biens de l'enfant ayant été suspendu en tout ce qui excède l'administration ordinaire. Aucun, à notre avis. Mais, dans le cas d'espèce, il a fallu aussi priver la mère de l'assistance à la personne de ses enfants – conséquence inéluctable de l'art. 286 ancien CC — et ce sans que l'arrêt relève rien contre elle dans sa façon de s'occuper de leur personne —; à telle enseigne, du reste, que le tuteur C n'a eu rien de plus pressé – l'arrêt mentionne le fait — que d'envoyer les enfants dans le nouveau foyer de leur mère. C'est dire que la mesure de l'art. 286 ancien CC dépassait son but, puisqu'elle touchait l'assistance personnelle alors que seul le péril des biens des enfants justifiait l'intervention des autorités de tutelle.

(410) Pour EGGER (n. 5 ad 285 CC), l'institution d'une tutelle n'entraîne pas de soi la déchéance de l'autorité parentale.

bien qu'à un degré moindre qu'à celui qui justifierait l'interdiction. Là encore, l'incapacité de gérer ses propres biens peut entraîner le retrait du droit de gérer ceux du mineur. Les mêmes conclusions sont valables dans le cas où un conseil légal est à la fois coopérant et gérant au sens des art. 395 al. 1 et 2 CC combinés;

3. déterminer les actes que les père et mère ne pourront faire, parmi ceux qui, par définition, excèdent l'administration courante et qui sont énumérés aux art. 421 ch. 1 à 12 CC et 422 ch. 3 à 5 CC (il va sans dire que l'art. 422 ch. 7 CC n'est pas ici applicable, puisque l'art. 306 CC trouve sa pleine vigueur) (410*bis*), c'est une solution possible, par exemple, lorsque seul un conseil légal coopérant au sens de l'art. 395 al. 1 CC est nommé au détenteur de l'autorité parentale; les mêmes considérations aboutissent à une privation partielle de l'exercice de l'administration relativement aux actes énumérés dans cet article. Il est en effet difficile d'admettre que celui qui, sur ses propres biens, ne peut agir parce que son consentement est incomplet sans celui du conseil légal pourrait retrouver sa pleine autonomie lorsqu'il s'agit du patrimoine de son enfant;

4. soustraire à l'administration du titulaire de l'autorité parentale — dans la mesure opportune selon les variantes exposées ci-dessus — soit une partie du patrimoine du mineur — c'est ce qui se passe en cas d'application de l'art. 325 al. 3 CC —, soit le patrimoine d'un de plusieurs enfants, plus menacé pour des raisons qui lui sont particulières.

On voit que le retrait de l'administration peut être grandement diversifié pour sauvegarder à la fois l'intérêt de l'enfant et la position du détenteur de l'autorité parentale.

B. *Le changement du régime d'administration légale*

Le retrait de l'administration peut avoir pour effet de priver le titulaire de l'autorité parentale, non pas des pouvoirs matériels afférents à sa fonction d'administrateur légal, mais du titre même auquel il les exerce, de telle manière que le type de pouvoir qu'il a n'est plus familial. Cela se marque, à titre d'effet premier, à ce qu'il perd son autonomie.

(410*bis*) Qui peut le plus peut le moins et, en conséquence, l'autorité tutélaire peut, dans les limites de l'art. 325 CC, déclarer applicables certaines dispositions des art. 421 et 422 CC seulement, et non pas tous. Dans ce sens, SCHIESSER (p. 143).

L'ancien article 286 CC permettait une altération de cette espèce — qui, il est vrai, atteignait l'autorité parentale en son entier, et non seulement l'administration légale (411) —.

A la lettre de cette disposition, il ne s'agissait que de nommer un tuteur à l'enfant. D'où la doctrine et la jurisprudence avaient conclu que, la tutelle étant incompatible avec l'autorité parentale (cf. art. 368 al. 1 CC), la décision emportait déchéance de celle-ci (412). C'était aller vite en besogne: si la première affirmation était vraie, la seconde ne l'était pas (412*bis*). Si le terme de déchéance de l'autorité parentale doit s'entendre dans le sens que nous avons défini ci-dessus, il faut en conclure logiquement que la nomination d'un tuteur pour un enfant issu du premier mariage emporte la déchéance à l'égard de tous les enfants du premier mariage (qu'un tuteur leur soit ou non désigné à eux), puisque c'est l'aptitude à soutenir le rapport d'autorité qui est enlevée et que, conformément à l'art. 285 al. 3 CC ancien et, au reste, pour la même raison que nous venons d'énoncer, la déchéance s'étend aux enfants issus du second mariage et aux enfants nés du second mariage (il est vrai, en la personne du seul auteur d'enfants du premier mariage et non en celle du nouveau conjoint). Or, personne n'admettait ces conséquences, et à bon droit (413). Car si l'art. 285 al. 3 CC ancien s'appliquait, c'était que les conditions d'application de l'art. 285 al. 1 CC ancien étaient réunies et l'art. 286 al. 1 CC n'établissait pas une cause distincte de modifier le statut du détenteur de l'autorité parentale. Ce qui est une absurdité (414).

(411) Ainsi, pour le Conseil d'Etat du canton de Berne (in RDT 1955 n° 2 p. 25), l'institution de la tutelle de l'art. 286 ancien CC ne nécessite pas une déchéance formelle de l'autorité parentale. Cela ne s'explique que parce que les causes de ces deux mesures ne sont pas les mêmes (cf. n. 414), ni les effets, ainsi que nous le montrons au texte.

Dans un domaine voisin, SCHULTHESS (p. 68 ss) remarque à juste titre qu'en cas de divorce, l'*Aberkennung* de l'autorité parentale est quelque chose de fondamentalement distinct de la déchéance de l'autorité parentale.

(412) Ainsi HEGNAUER (n. 14 et 15 ad 286 CC). Cf. n. 445.

(412*bis*) Telle est l'opinion de KIHM (in RDT 1950 p. 1), pour qui l'institution de la tutelle a pour effet la déchéance de l'autorité parentale, mais il dit aussi beaucoup plus justement, p. 2, que la tutelle remplace l'autorité parentale. Il ne paraît pas avoir raisonné plus avant sur cette intuition.

(413) Ainsi HEGNAUER (n. 15 ad 286 CC).

(414) Le Conseil d'Etat du canton de Berne relève (in RDT 1954 n° 25 p. 140 cons.3/b) que les causes de la déchéance de l'art. 285 al. 1 ancien CC et celles de l'institution d'une tutelle au sens de l'art. 286 CC ancien ne sont pas les mêmes, en affirmant que les causes visées par la première disposition ne sont pas nécessaires pour que soit prise la mesure visée à l'art. 286 CC ancien.

En outre, si la déchéance de l'autorité parentale doit s'entendre au sens que nous avons dit ci-dessus, il devenait singulier et pour tout dire inexplicable que, légalement, l'un des époux pût être nommé tuteur (art. 286 al. 2 CC) (415). Car enfin, si l'on devait constater que le détenteur de l'autorité parentale tombât sous le coup de l'art. 285 al. 1 CC ancien, en vertu de quoi, de grâce, fallait-il l'investir des pouvoirs d'un tuteur, qui sont ceux des père et mère (art. 405 al. 2 CC)?

Certes, l'opération revenait à introduire le contrôle de l'autorité tutélaire. Mais c'est précisément à cela que se bornaient les effets de la mesure (416). Autre chose, en effet, est d'introduire le contrôle, la surveillance et le concours des autorités de tutelle en substituant un régime d'assistance et d'administration légales caractérisé par le nom de tutelle, et ainsi une fonction tutélaire (417), à celui qui est caractérisé par le nom d'autorité parentale et est ainsi une fonction familiale, autre chose d'enlever l'aptitude au rapport d'autorité qui caractérise l'autorité parentale, mais aussi bien, du reste, la tutelle.

C'est ainsi, nous semble-t-il, qu'il faut lever la contradiction qu'il y avait à envisager la mesure de l'art. 286 CC ancien comme une déchéance du détenteur de l'autorité parentale — par conséquent pour les motifs énoncés à l'art. 285 al. 1 CC ancien — tout en envisageant en même temps de nommer l'un des époux — et par

(415) Meyer pense, du reste, et à juste titre s'agissant de la déchéance au sens plein (RDT 1962 p. 50 ch IV), que celui des parents à qui l'autorité parentale a été retirée en application de l'art. 285 ancien CC ne peut être désigné comme tuteur, sa désignation étant manifestement exclue par l'art. 384 CC.

Du reste, le Tribunal fédéral (RO 65 II p. 118) et, par exemple, le Conseil d'Etat du canton d'Argovie (RDT 1947 n° 58 p. 137) ne disent pas que l'art. 286 CC ancien est un cas de déchéance de l'autorité parentale, mais simplement que le régime de la tutelle n'est pas compatible avec celui de l'autorité parentale et qu'une déclaration expresse (au sens de l'art. 285 CC ancien) n'est pas nécessaire. Assurément, selon nous: ce n'est pas la même chose ni dans les causes, ni dans les effets.

(416) De sorte que, ainsi que le remarque BINDSCHEDLER (p. 135), on peut, selon le cas, appliquer l'art. 286 ancien CC ou réduire les père et mère à la situation de tuteurs en application de l'art. 297 al. 2 ancien CC. Les deux hypothèses sont proches et se traduisent par un changement de régime. Mais dans le cas de l'art. 286 CC ancien, la réduction à l'état de tuteur est réalisée tant pour ce qui concerne l'assistance à la personne du mineur que l'administration de ses biens; dans le cas de l'art. 297 al. 2 CC ancien, ce changement de régime ne concerne que les droits patrimoniaux.

Pour EGGER néanmoins (n. 4 ad 286 CC) comme pour HEGNAUER (n. 18 ad 298 CC) il s'agit d'une déchéance de l'autorité parentale. Le contraire saute aux yeux.

(417) On pourrait relever, à l'appui de notre opinion, cette remarque de HEGNAUER (n. 19 ad 286 CC), selon qui la loi a cru écarter le péril du mineur et de son patrimoine par la soumission du détenteur de l'autorité parentale ou de son époux à la surveillance stricte exercée sur les tuteurs. Cf. aussi la n. 28 ad 286 CC.

conséquent celui à qui on avait retiré l'autorité parentale — tuteur de l'enfant, ce qui suppose (art. 379 al. 1 et 405 al. 2 CC) l'aptitude à exercer les droits des père et mère, c'est-à-dire ceux qui relèvent de l'autorité parentale, en n'attachant dès lors à cette mesure aucun des effets édictés par la règle générale de l'art. 285 al. 3 CC ancien (418).

L'ancien art. 286 CC prévoyait donc bien que l'exercice de pouvoirs matériellement identiques pouvait être affecté de cette modalité que la fonction familiale au titre de laquelle ils étaient exercés se convertissait en une fonction tutélaire, impliquant la surveillance des autorités de tutelle, et que le titulaire de ces pouvoirs pouvait être le père, la mère (art. 286 al. 2 CC) ou un tiers (art. 286 al. 1 CC). D'un autre côté, l'ancien article 297 al. 2 CC prévoyait qu'une administration légale consistant en pouvoirs matériellement identiques pouvait être affectée de même, les titulaires de la fonction devenue tutélaire pouvant être les père et mère (c'est la «surveillance» de l'art. 297 al. 2 CC) ou un tiers (c'est le curateur de l'art. 297 al. 2 in fine CC). La symétrie est manifeste, et si probablement voulue qu'on pourrait bien y voir l'origine de l'introduction de la curatelle dans cette disposition.

Certes, dans l'ancien droit (art. 297 CC), et sur la portée de la soumission des père et mère à la surveillance que l'autorité tutélaire exerce sur les tuteurs (art. 297 al. 2 CC), les opinions étaient variées (419).

(418) Selon MEYER (RDT 1962 p. 50 ch. IV) la portée de l'art. 286 al. 2 CC ancien est la consécration d'une exception à un principe qui n'est pas formulé expressément par la loi mais qu'on peut déduire de son interprétation logique, à savoir que la tutelle sur des enfants légitimes ne peut être confiée à des parents auxquels l'autorité parentale doit ou a dû être retirée. La désignation comme tuteur de l'un des parents déchu en application de l'art. 285 ancien CC est manifestement exclue par l'art. 384 CC, selon MEYER. Il ajoute que «seule la déchéance résultant de l'art. 286 CC permet à l'autorité tutélaire de déroger à cette règle» et de confier la tutelle à l'époux auquel son remariage ne permet pas de laisser l'autorité parentale. A un autre égard, MEYER relève à juste titre (loc. cit. p. 50/51) que l'art. 286 al. 2 CC ancien ne vise pas le nouveau conjoint de celui des parents à qui l'autorité parentale avait été attribuée. En effet, dit cet auteur, aucune des causes d'exclusion auxquelles l'art. 286 al. 2 CC entend apporter une dérogation n'existe à son endroit. C'est à la seule lumière des principes généraux des art. 379 CC et ss que l'autorité tutélaire doit examiner l'opportunité de la désignation comme tuteur du nouveau conjoint du détenteur de l'autorité parentale.

(419) Les hésitations de la doctrine ont leur source dans l'arrêt rendu le 1er mai 1912 par la deuxième section civile du Tribunal fédéral dans la cause Thioly (TF, 2e Cour civile, 1er mai 1912, Thioly à Genève, RO 38 II nº 3, p. 15). On résume brièvement les faits. A Genève, le 15 juillet 1903, Berthe Thioly, veuve, est destituée par le conseil de famille des mineurs Thioly de ses fonctions de tutrice légale de ses trois enfants mineurs, la garde de ceux-ci lui étant toutefois laissée. Cette décision est

Selon la première, l'autorité tutélaire, en soumettant les père et mère à la surveillance qu'elle exerce sur les tuteurs, ne pouvait aller qu'à des mesures formelles de contrôle, à savoir établissement d'un

rendue à cause de l'incapacité dont dame Thioly a fait preuve dans la gestion de la fortune de ses enfants. Le 27 janvier 1912, dame Thioly informe la Chambre des tutelles de Genève qu'elle revendique le bénéfice des art. 274 et 290 ss ancien CC et l'exercice de l'autorité parentale sur ses trois enfants mineurs. Elle demande à l'autorité tutélaire de faire connaître à l'ex-tuteur A. Thioly-Regard la cessation de ses pouvoirs. Le 30 janvier 1912, la Chambre des tutelles, considérant que dame Thioly est incapable de gérer les biens de ses enfants, faisant application de l'art. 297 al. 2 CC ancien, désigne Arthur Thioly-Regard en qualité de «curateur chargé de conserver et administrer ces biens». Le recours de dame Thioly contre l'arrêt confirmatif de l'autorité de surveillance est admis par le Tribunal fédéral, qui réforme la décision attaquée et annule la curatelle instituée le 30 janvier 1912 par la Chambre des tutelles.

L'argument essentiel est le suivant, que nous donnons tout entier:

«L'art. 298 al. 1 CC dispose que «les père et mère ne peuvent être privés de leurs droits sur les biens des enfants qu'en cas de déchéance de l'autorité parentale» et la suite de l'article montre que par «les droits sur les biens», la loi entend non seulement la réunion du droit d'administration et du droit de jouissance, mais aussi le droit d'administration considéré isolément, puisque l'alinéa 2 prévoit que, dans certains cas, le parent déchu de l'autorité parentale conserve la jouissance légale. La loi regarde ainsi le droit d'administration comme un attribut si essentiel de l'autorité parentale, qu'il ne peut en être séparé et qu'il ne peut, par conséquent, être retiré aux père et mère lorsque la déchéance de cette puissance n'a pas été prononcée contre eux».

Cette argumentation était d'autant moins convaincante que, ainsi que SCHIESSER le remarque (p. 136, n. 18), le principe de l'inséparabilité des droits patrimoniaux et de l'autorité parentale ne valait pas pour les enfants illégitimes, en application de l'art. 327 ancien CC, sans qu'on pût expliquer cette différence de traitement de manière intelligible.

Quoi qu'il en soit, la doctrine en tirait ces conséquences que le détenteur de l'autorité parentale ne peut être privé de la représentation légale du mineur que dans les cas prévus par la loi, c'est-à-dire dans ceux qui sont visés aux art. 282 ancien et 392 ch. 2 CC, mais non pas d'une manière générale; que c'est également vrai du droit de faire un acte juridique au nom de l'enfant, puisque le pouvoir de représentation est corrélatif à un certain pouvoir de gestion; qu'en dehors des hypothèses qui précèdent, le pouvoir de faire les actes d'administration afférents au patrimoine du mineur ne peut être enlevé au détenteur de l'autorité parentale sinon lorsqu'il est déchu de celle-ci (art. 285 et 298 CC anciens); que pour la privation partielle du droit d'administrer, entendue au sens de soustraction de certains biens au pouvoir d'administration des père et mère, elle n'est pas autorisée par la loi, car il ressort de l'art. 298 ancien CC que la privation ne peut être que totale; que l'administration des père et mère ne peut être limitée ni dans son exercice, ni dans son autonomie, d'où l'impossibilité d'aller plus loin en application de l'art. 297 al. 2 ancien que des mesures de contrôle pures et simples.

Vu les art. 325 al. 1 et 2 CC, la querelle que la portée de l'art. 298 ancien CC n'a plus d'importance en ce qui concerne notre sujet.

Cf. aussi l'arrêt TF, 2e Cour civile, 30 septembre 1925, KNÖPFLI, RO 51 II n° 58 cons. 2 p. 361 à 363. En substance, cet arrêt relève que les père et mère ne peuvent, hors des exceptions légales expresses, tel que l'art. 282 ancien CC, être privés même partiellement de l'administration et de la représentation légales et qu'en conséquence, lorsqu'il y a lieu d'établir à titre durable une curatelle, celle-ci ne peut viser qu'à la surveillance de l'administration, dans sa totalité ou en partie. Le rôle du curateur est alors

inventaire, obligation pour les père et mère de signaler les modifications notables survenues dans l'état de fortune et le placement des fonds, rapports et comptes périodiques, mesures éventuellement combinées avec celles prises en application de l'art. 297 al. 1 CC ancien (420).

La seconde opinion, tout en étant fondée sur les mêmes considérations, allait un peu plus loin. Elle admettait non seulement l'application des mesures que l'on vient de voir ci-dessus, mais encore celles des art. 399 à 404 CC. Le Tribunal supérieur du canton de Zurich (421) avait fait remarquer que l'application des articles 399 à 404 CC aux parents se justifie, car les mesures prévues par ces dispositions visent également à permettre le contrôle de

de conseiller les parents et de les surveiller, en se référant à l'autorité tutélaire le cas échéant. Le terme de curatelle de surveillance *(Aufsichtsbeistandschaft)* est expressément employé.

Cf. aussi EGGER (n. 10 et 11 ad 297 CC). Fondé sur l'arrêt Thioly, qu'il cite, EGGER s'en tient à la seule possibilité d'un contrôle (inventaire, avis, rapports et comptes périodiques) en combinaison avec les mesures prises en application de l'art. 297 al. 1 ancien CC sous forme d'ordres adressés aux parents et tel que l'autorité pourrait les donner à un tuteur.

Tel semble être l'avis de la rédaction de la RDT (RDT 1958 p. 77/78 question 2) et de BAUMANN (RDT 1948 p. 53) pour qui la soumission du détenteur de l'autorité parentale à la surveillance exercée sur le tuteur n'emporte qu'un simple contrôle et ne permet pas de soumettre à l'approbation de l'autorité tutélaire des opérations dont le titulaire aurait l'intention.

Un arrêt du Conseil d'Etat du canton de Lucerne (SJZ 24/1927/28, p. 152 n° 136) est dans le sens de cette opinion. Cette autorité est d'avis (ZBGR 14 n° 22 p. 94) que les père et mère ne pouvant être privés de leurs droits sur les biens du mineur aussi longtemps qu'ils ne sont pas déchus de l'autorité parentale, une restriction de leurs droits d'administrer, consistant en l'obligation de soumettre à l'approbation de l'autorité tutélaire les aliénations d'immeubles appartenant au mineur (cf. 404 et 421 ch. 1 CC) est illégale, la soumission des père et mère à la surveillance à laquelle les tuteurs sont astreints ne pourra se résoudre qu'en mesures de contrôle *(kontrollierender Natur)*.

Le Conseil d'Etat du canton de Berne (in SJZ 26/1929/20, p. 285 n° 75) semble considérer que la soumission des père et mère à la même surveillance que les tuteurs emporte «avant tout» l'obligation de rendre des comptes de tutelle. Mais il ajoute que cette surveillance peut s'étendre à «d'autres obligations tutélaires», sans dire lesquelles malheureusement.

(420) Tel semble être l'avis de la rédaction de la RDT (RDT 1958 p. 77/78 question 2). SCHIESSER (p. 142/144) part bien du principe que les mesures de l'art. 297 al. 2 ancien CC et par conséquent la soumission du détenteur de l'autorité parentale à la surveillance que l'autorité exerce sur les tuteurs, ne peuvent pas avoir une portée qui dépasse le contrôle. Logiquement, il devrait donc s'en tenir à l'application des art. 398 et 413 CC (il en admet du reste l'application, p. 142). Mais, partant de la distinction entre l'administration ordinaire et l'administration au sens général, il étend bien au-delà l'énumération des mesures possibles.

Pour BOZER (p. 37), la soumission des père et mère à la surveillance que l'autorité tutélaire exerce sur le tuteur ne doit pas dépasser le caractère d'un contrôle (les art. 398, 413 al. 2 et 423 CC sont seuls applicables).

(421) In BLZR, 33, n° 148, p. 321.

l'administration du tuteur. Ce point de vue était parfaitement exact.

La doctrine actuelle a en effet perdu de vue, car elle admet depuis longtemps que les art. 396 à 404 CC s'appliquent durant toute la tutelle, et la pratique la suit largement, que les art. 398 à 404 CC, à l'origine et à la lettre, définissent au premier chef le régime transitoire entre l'état du patrimoine du pupille avant qu'il ne soit interdit et au moment où il administre lui-même et l'état que doit présenter le même patrimoine pour être soumis à l'administration de type tutélaire *(vormundschaftliche Verwaltung)*. Il s'agit en effet, ainsi que le dit expressément la note marginale A adjacente à l'art. 398 CC, des obligations du tuteur à son entrée en fonctions, c'est-à-dire au commencement de son administration. C'est pourquoi l'ensemble des art. 398 à 404 CC définit une *liquidation* du patrimoine du pupille, pour le mettre dans un état adapté à l'administration tutélaire.

Huber (422) le disait déjà à propos des mesures prévues par le droit cantonal. Cela ressort clairement également du rapport de langue allemande présenté au Conseil national (423), et Egger le dit encore (424). Si l'on considère l'ensemble des art. 398 à 404 CC comme des dispositions transitoires, on constate que la nature du patrimoine du pupille est changée: les meubles et immeubles (art. 400 al. 1 et 404 al. 1 CC) sont vendus. L'argent comptant, y compris l'argent tiré de ces ventes, est placé en titres pupillaires (art. 401 al. 1 CC). Sauf l'intérêt du pupille, les entreprises sont en principe liquidées (art. 403 CC). On constate donc que les mesures transitoires prévues par le CC à l'entrée en fonctions du tuteur tendent à la dénaturation du patrimoine du pupille, en vue de le transformer en un patrimoine qui, dans sa plus grande partie, doit consister en espèces. Il est clair dès lors que ce n'est qu'à la fin de cette opération que l'administration est proprement «tutélaire». Il en résulte une fortune en titres et en argent liquide.

Il y a donc, et telle était l'idée du Tribunal supérieur, un rapport immédiat entre la nature du patrimoine pupillaire, l'administration du tuteur, qui suppose précisément cette nature du patrimoine, et le contrôle de cette administration par l'autorité tutélaire, moyennant les comptes et rapports. En conséquence, les mêmes mesures devaient être prises, lorsque était imposé aux parents un type tutélaire d'administration: le type d'administration entraîne un certain type de patrimoine, et les dispositions transitoires destinées à faire

(422) I, p. 647 et surtout p. 654/655.

(423) Cf. note n. 50.

(424) N. 17 ad 398 CC.

passer le patrimoine du mineur au type du patrimoine tutélaire étaient applicables (425).

Selon la troisième opinion, outre les mesures prévues par la première et la seconde théorie, l'autorité de tutelle pouvait imposer son concours aux père et mère, au sens des art. 421 et 422 CC. Il va sans dire que cette application était restreinte aux chiffres des art. 421 et 422 CC qui regardent l'administration — et non par exemple le droit du cité ou l'adoption (426) —.

(425) Dans ce sens, on pourrait citer TUOR (p. 276/277): si l'on veut faciliter l'administration, on n'hésitera pas la plupart du temps à réaliser une certaine liquidation des biens du pupille.

Contra SCHIESSER (p. 142). Selon lui, l'application des art. 400 à 404 CC conduirait «matériellement» l'administration légale du détenteur de l'autorité parentale à n'être plus que l'administration légale d'un tuteur. Notre avis est que ces articles sont applicables aux père et mère dans toute la partie qui n'implique pas subordination à des autorités de tutelle — en dehors de toute intervention en application des art. 324 ou 325 CC — et qu'ils deviennent applicables comme tels lorsque l'art. 325 al. 1 CC est appliqué par l'autorité tutélaire.

(426) C'est ce que l'on peut conclure de la décision du Conseil d'Etat du canton de Berne, in SJZ 19/1922/23, p. 118 n° 92, où on lit que le détenteur de l'autorité parentale est en ce cas obligé de demander l'approbation des autorités de tutelle pour tous les actes qui dépassent l'administration ordinaire. Telle paraît être aussi l'opinion de CURTI-FORRER, qui relève (n. 8 ad 291 CC) qu'en application de l'art. 297 ancien CC, l'autorité tutélaire devra même faire dépendre de son autorisation les actes d'administration les plus importants.

SCHIESSER (p. 142/144) part du principe — et en cela il demeure fidèle à la théorie du Tribunal fédéral — que les seules mesures ouvertes par l'art. 297 al. 2 ancien CC sont des mesures de contrôle. En outre, il ajoute que l'autorité parentale ne doit pas devenir «matériellement» une tutelle. Il exclut donc l'application des art. 400 à 404 CC. Selon lui, l'art. 398 CC et l'art. 413 CC sont applicables, avec des modifications qui tiennent, d'une part, à des nécessités pédagogiques, de sorte que l'art. 280 al. 2 ancien CC demeure applicable et non pas l'art. 409 CC, et que l'art. 398 al. 2 CC est également applicable. En outre, les père et mère n'ont pas à rendre compte de l'emploi des revenus du mineur. C'est une erreur, selon nous. L'affectation des revenus à son entretien relève des devoirs d'administration et la surveillance de l'administration est incomplète si elle ne s'étend pas jusque là. En outre, considérant que le but des art. 421 et 422 CC est de permettre la surveillance de l'administration, considérant, en outre, que les actes visés aux art. 421 et 422 CC dépassent l'administration ordinaire (qui, elle, est intouchable), SCHIESSER admet l'application de ces dispositions dans la mesure où elles ont trait à des actes patrimoniaux. Cependant, il maintient l'application de l'art. 282 CC ancien et non pas celle de l'art. 422 ch. 7 CC.

Tout en acceptant (p. 144) l'application de l'art. 399 CC, dont il admet que cette disposition permet également de contrôler l'administration du détenteur de l'autorité parentale, il écarte en revanche l'application de l'art. 420 al. 1 CC, au motif que si cette disposition sert également à faciliter à l'autorité de tutelle la surveillance de l'administration légale, compte tenu des relations étroites entre le détenteur de l'autorité parentale et le mineur, il ne s'applique pas dans la mesure où il crée un droit de recours à l'égard d'autres personnes. C'est oublier, selon nous, qu'en cas d'application de l'art. 297 al. 2 CC ancien — ou du changement de régime admis par l'art. 325 al. 2 CC actuel — l'autonomie du détenteur de l'autorité parentale n'a plus de raison d'être, de

De bons arguments nous font admettre que cette troisième opinion était préférable. D'abord, lorsque Huber écrit son *Schweize-*

telle sorte que les ayants droit au sens de l'art. 420 al. 1 CC peuvent intervenir et recourir.

Pour Du Pasquier, soumettre les parents à la surveillance que l'autorité tutélaire exerce sur les tuteurs entraîne l'application aux parents de toutes les dispositions du CC sur la tutelle (RDT 1948 p. 58).

Tenchio paraît être de cette opinion (p. 91) puisqu'il relève que l'autorité tutélaire peut réclamer l'inventaire de l'art. 398 CC, lui imposer des comptes et rapports périodiques, enfin appliquer l'art. 421 et l'art. 422 CC qui, selon lui, sont «indubitablement applicables, selon l'esprit de tout le système».

Une autorité tutélaire du canton de Berne a astreint les père et mère à la même surveillance qu'elle exerçait sur les tuteurs, vu leur faillite et les a-t-elle obligés à ce titre: 1° à faire rapport et comptes tous les deux ans; 2° à soumettre à son approbation tous les actes de disposition qui excédaient l'administration ordinaire. Le Conseil d'Etat du canton de Berne, saisi d'un recours contre la décision du Conservateur du registre foncier de refuser d'inscrire une cédule hypothécaire sur le fonds des mineurs dont la constitution n'avait pas obtenu le consentement de l'autorité tutélaire, a considéré: 1° que la décision de l'autorité tutélaire était passée en force, le délai de recours de l'art. 420 CC étant écoulé, ce qui, soit dit par parenthèse, est un peu aventuré, si l'ont admet que l'autorité tutélaire eût commis un excès de pouvoir en astreignant les parents à une surveillance à laquelle ils ne pourraient l'être selon le Code civil; 2° que la constitution d'un cédule hypothécaire sur le fonds des mineurs excédait l'administration ordinaire. La même solution se fût imposée sur le vu de l'art. 421 ch. 1 CC, que le Conseil d'Etat du canton de Berne ne cite pas (ZBGR 14 n° 21 p. 92 cons. 2).

Cf. l'arrêt de la troisième Chambre du Tribunal supérieur du canton de Zurich qui considère qu'en pareil cas les dispositions du premier chapitre du titre 11 sont applicables (art. 399 CC ss) in SJZ 32/1935/36, p. 155 n° 32.

Dans un arrêt publié in RDT 1961 n° 25 p. 99/100, la Chambre des tutelles du canton de Vaud a confirmé une décision interdisant au détenteur de l'autorité parentale de disposer d'une manière quelconque des immeubles du mineur sans l'approbation de l'autorité tutélaire. C'est exactement le régime de l'art. 421 ch. 1 CC.

D'un autre côté, pour Schiesser, le concours nécessaire de l'autorité de tutelle ne doit pas dénaturer l'autorité parentale (p. 142). En conséquence, l'autorité tutélaire ne doit pas substituer son avis à celui des père et mère, mais doit en principe le suivre — pour sauvegarder l'autonomie inhérente au caractère particulier de l'autorité parentale — sauf précisément lorsque cette décision constitue un manquement au devoir des père et mère ou qu'elle met les biens du mineur en péril (p. 143/144) —. Les réserves de Schiesser nous paraissent excessives. Il s'exprime du reste curieusement. Selon lui, l'administration du détenteur de l'autorité parentale ne doit pas devenir «matériellement» tutélaire. Or, précisément, c'est matériellement parlant que les pouvoirs du détenteur de l'autorité parentale et ceux du tuteur sont identiques.

En outre, pour lui, si le législateur avait entendu réduire les père et mère à la situation d'un tuteur, purement et simplement, il l'aurait dit, comme il l'a fait à l'art. 286 ancien CC (p. 141). Il est tout simple de lui répondre que c'est précisément ce qu'il a fait. Mais l'argument est appuyé sur la notion que se fait Schiesser de l'autorité parentale, comme pouvoir distinct de la tutelle et opposée à celle-ci: il admet (p. 142), avec le Tribunal fédéral, que les mesures de l'art. 297 al. 2 CC ancien et notamment la soumission du détenteur de l'autorité parentale à la surveillance exercée sur un tuteur, ne peut conduire à aucune limitation du pouvoir de disposition des parents ni avoir une autre portée que celle d'un pur et simple contrôle.

risches Privatrecht, œuvre préparatoire, nous le rappelons, à la confection d'un code civil suisse, lorsque les avant-projets sont publiés, discutés, il n'existe ni doute ni équivoque dans l'esprit de quiconque sur le sens que les lois, la doctrine et la pratique donnent aux termes «surveillance tutélaire». Il s'agit de relations telles entre le père ou la mère et l'autorité tutélaire, que les premiers sont tenus de certains devoirs envers la seconde et que cette dernière peut ou doit intervenir dans certaines conditions fixées par la loi. Dans son ouvrage, Huber parle expressément de la situation du détenteur de l'autorité parentale vis-à-vis de l'autorité en matière d'administration du patrimoine du mineur et remarque que, dans son principe, elle doit être considérée comme une tutelle, si bien que, dans certaines hypothèses, l'autorité tutélaire peut nommer un tuteur ou un curateur *ad hoc*, et que dans le groupe français des législations cantonales, le père ou la mère est tout simplement un tuteur dispensé seulement de certaines obligations d'un tuteur ordinaire (ainsi par exemple ils sont dispensés de vendre les meubles, de rendre des comptes périodiques, mais non pas, par exemple, et ceci est important, d'aliéner, obliger ou hypothéquer les biens dont ils ont l'administration sans l'approbation de l'autorité tutélaire). Dans les cantons du groupe zurichois et les cantons sans codification, le père est considéré purement et simplement comme un tuteur, mais sans avoir d'autres obligations que de produire un inventaire et d'assurer les biens dont il a l'administration.

Il en résulte que la surveillance de l'autorité tutélaire sur les père et mère (et les tuteurs) se traduit non seulement par les obligations des père et mère envers l'autorité qui permet un contrôle formel par celle-ci (rapports et comptes, inventaire), mais aussi par la collaboration nécessaire pour certains actes importants, c'est-à-dire par le concours de l'autorité, à peine de nullité des actes visés (427).

Ensuite dans tous les avant-projets de code civil, y compris celui qui fut présenté aux Chambres, l'art. 441 (art. 420 actuel) était flanqué, sous lettre A, non pas de la note marginale: «recours», mais de la note marginale: «surveillance, plaintes». Cela signifie

(427) HEGNAUER (n. 139 à 153 ad 297 CC) est de cette opinion. Il est bien entendu cependant (cet auteur, n. 142 ad 297 CC) que ces dispositions s'appliquent sous réserve des conditions particulières au détenteur de l'autorité parentale: ainsi, les père et mère n'ont point à rendre compte de l'emploi des revenus; les art. 398 al. 2 et 413 al. 3 CC ne sont point applicables.

SCHIESSER (p. 142/143) aboutit du reste au même résultat lorsqu'il considère que les art. 421 et 422 CC, même si leurs effets s'étendent bien au-delà du concept de surveillance pure et simple, ont néanmoins pour but d'assurer la surveillance des autorités de tutelle sur l'activité du tuteur.

que la surveillance des autorités de tutelle sur les tuteurs pouvait s'étendre au cas où, la collaboration de ces autorités n'étant pas requise au sens des actuels articles 421 et 422 CC, l'autorité pouvait néanmoins infirmer une décision prise par le représentant légal, à condition d'être saisie d'une plainte contre lui.

De tout ce qui précède, il résulte que la surveillance de l'autorité se traduisait par la nécessité légale de son approbation pour certains actes, ou par un pouvoir d'infirmation des décisions prises par le tuteur, en cas de plainte (actuellement recours). Le sens de l'expression «surveillance sur les tuteurs» est donc parfaitement clair: c'est la compétence légale de l'autorité tutélaire d'intervenir, aux conditions fixées par la loi, dans l'administration du tuteur, c'est en d'autres termes purement et simplement l'office des autorités de tutelle, à savoir l'ensemble des attributions conférées à celles-ci par les art. 420 à 425 CC (428).

Il faut ici encore distinguer soigneusement le fondement du rapport juridique que constitue l'autorité parentale, et les caractéristiques essentielles de ce rapport, référés à leur but. Si, de par sa nature, l'autorité parentale est distincte de la tutelle, elle l'est, à titre premier, par le lien de filiation entre le sujet et le terme de cette relation, les père ou mère et le mineur, à titre second, par la naissance dans un mariage, et la vie dans une famille, c'est-à-dire dans une société qui a pour fin le plus grand avantage respectif de ses membres. Quant à son exercice, seul il est vrai l'exercice matériel, c'est-à-dire l'ensemble des facultés impliquées par l'autorité parentale, est égal à celui du tuteur, l'autonomie caractéristique de cet exercice étant justifiée précisément par les liens de filiation et la naissance au sein d'une société familiale. En revanche, tant l'exercice que l'autonomie de celui-ci, s'ils trouvent leur fondement dans ce que nous venons de dire, ont pour fonction de permettre l'intégrité, la sûreté et la productivité du patrimoine du mineur. Nous retrouvons ici l'argumentation que nous avons exposée tout à l'heure, nous n'y reviendrons pas. Elle nous permet de conclure que l'autonomie, tout comme «la présomption d'affection» de la doctrine, perd sa raison d'être lorsque les circonstances font apparaître que ni la sûreté, ni la productivité, ni l'intégrité du patrimoine ne sont par elle et dans son cadre, assurés. L'autonomie de l'autorité parentale n'est donc pas opposable, lorsqu'elle a perdu sa raison d'être, à l'intervention de l'autorité tutélaire, justifiée précisément par cette carence.

(428) Contrairement à l'opinion de HEGNAUER (n. 149 ad 297 CC), l'autorité de tutelle peut n'appliquer que certaines des dispositions des art. 421 et 422 CC à l'administration des parents, selon son appréciation. Il est à relever également que l'art. 422 ch. 7 CC est applicable, l'art. 306 CC s'appliquant ici (cf. HEGNAUER, n. 150 ad 297 CC).

Si enfin les mesures de protection de l'enfant, conformément aux principes généraux applicables en la matière, peuvent supprimer une faculté appartenant aux parents (et par exemple le droit de garde), elles limitent du même coup l'autonomie des parents, puisque l'autonomie suit la condition de l'exercice matériel (429). Or, s'il est sans discussion possible loisible à l'autorité de restreindre matériellement les pouvoirs parentaux, elle peut le faire également en ce qui touche l'autonomie. Cela d'autant plus que par la réduction des père et mère à la situation d'un tuteur, il n'est rien retranché de leurs droits sur les biens de l'enfant, qu'ils exercent pleinement, du point de vue matériel, avec cette seule restriction, quant à l'autonomie, qu'ils doivent, dans les hypothèses prévues par les art. 398 à 404 CC et 421 et 422 CC, requérir l'approbation des autorités de tutelle respectives (430). Si l'on admet avec nous que le régime de la tutelle pourrait être appliqué en vertu de l'art. 297 al. 2 CC ancien à l'administration légale des père et mère, il apparaît qu'il s'agissait d'un changement de régime, limité à l'administration légale elle-même, analogue cependant à celui qui était ouvert par l'art. 286 al. 1 CC et qui mettait fin à l'autorité parentale en son entier. L'institution du régime tutélaire d'administration des biens en application de l'art. 297 al. 2 CC ancien était à l'administration légale caractéristique de l'autorité parentale ce que l'institution de la tutelle en application de l'art. 286 al. 1 CC ancien était à l'autorité parentale. Le changement du régime de l'administration légale n'est pas une «déchéance» de celle-ci, dans la mesure où les père et mère restent titulaires de la fonction.

En résumé, l'art. 286 al. 1 ancien CC pour l'autorité parentale en son entier, et l'art. 297 al. 2 ancien CC pour l'administration légale ouvraient la possibilité de laisser au titulaire de l'autorité parentale ses pouvoirs matériels sans modification, tout en leur retirant les caractéristiques d'une fonction familiale, notamment l'autonomie, ce qui permet de le réduire à la condition d'un tuteur.

Quand on arrive à ce point, force est de constater que le statut légal du titulaire de l'autorité parentale est celui même du curateur désigné pour la gestion pendant une période indéterminée des biens d'un mineur. Il n'est pour l'établir que de nous référer ici à ce que nous avons dit de cette curatelle en parlant des rapports entre le curateur et l'autorité tutélaire dans le cas de la représentation extraordinaire du mineur.

(429) HEGNAUER (n. 91 ad 297 CC).

(430) Qui peut le plus peut le moins, et en conséquence l'autorité tutélaire peut, dans les limites de l'art. 297 al. 2 CC, déclarer applicables certaines dispositions des art. 421 et 422 CC seulement, et non pas toutes. Dans ce sens, SCHIESSER (p. 143). *Contra* HEGNAUER (n. 149 ad 297 CC).

On observe donc que dans les deux hypothèses des pouvoirs matériellement identiques sont exercés dans un même rapport de subordination envers les autorités de tutelle. C'est ce rapport de subordination qui est la caractéristique de la conversion d'une fonction familiale en fonction tutélaire. Il n'y a de différence que dans la personne qui l'exerce, selon qu'elle est le père ou la mère, ou un tiers. Que le titulaire de l'autorité parentale puisse être placé comme un curateur sous la surveillance des autorités de tutelle, cela nous semble possible pour trois raisons.

D'abord, les mesures protectrices des biens de l'enfant sont innommées. Le devoir des autorités de tutelle est de faire tout ce qui est nécessaire pour protéger les biens de l'enfant (art. 324 al. 1 CC). Le pouvoir ne s'étend qu'à ce qui est suffisant pour y parvenir — nous l'avons vu plus haut —. Pourvu que cette fin soit atteinte et dans cette limite c'est selon son appréciation que l'autorité tutélaire choisit la mesure à prendre. L'art. 324 al. 2 CC, par l'emploi du terme: «en particulier», fait voir que l'énumération de l'art. 324 al. 2 CC n'est qu'exemplaire. Si l'art. 325 al. 1 CC ouvre à l'autorité tutélaire le pouvoir de confier à un curateur — c'est-à-dire, à la lettre, à un tiers — l'administration des biens de l'enfant, c'est pourvu qu'il n'y ait pas d'autre façon d'empêcher que le patrimoine du mineur ne soit mis en péril. Il n'impose donc pas cette solution s'il en existe une autre qui atteigne le même but — et notamment la mesure dont nous parlons —. Là encore, l'art. 325 al. 1 CC ne donne qu'un exemple.

Ensuite, on relèvera que l'art. 318 al. 3 CC introduit dans l'autorité parentale un élément tutélaire — l'obligation de produire des rapports et des comptes périodiques — dont la présence ne modifie pas la nature familiale de l'autorité exercée, mais, comme partie de la surveillance que l'autorité de tutelle exerce sur les tuteurs (et les curateurs, en vertu de l'art. 367 al. 2 CC), tend à rapprocher ces deux fonctions. Or, au titre des mesures nécessaires et suffisantes, il peut être indiqué d'étendre cette surveillance à la ratification par les autorités de tutelle des actes de gestion du titulaire de l'autorité parentale. Dès le moment où cette forme de gestion atteint le but assigné par l'art. 324 al. 1 CC à toutes les mesures de protection des biens de l'enfant, il n'est pas nécessaire de changer la personne de l'administrateur légal qui gère désormais à un titre différent.

C'est que les raisons d'établir un nouveau régime ne sont pas identiquement celles qui motivent un changement de titulaire. Tel père ou mère fort mal armé pour prendre seul les décisions qu'implique la gestion peut être capable d'assurer néanmoins l'administration ordinaire, et, de plus, tout disposé à collaborer

entièrement et franchement avec les autorités de tutelle. Ce serait dépasser le but et manquer au principe de proportionnalité que de méconnaître ses bonnes dispositions en désignant une autre personne alors que cette mesure ne s'impose pas.

A cet égard, les principes qui régissent l'action des autorités de tutelle leur imposent de choisir, de toutes les mesures également adéquates, celle qui restreint le moins les facultés du titulaire de l'autorité parentale. Or, il est évident que le retrait — au sens propre — de tous les pouvoirs matériels impliqués par l'administration légale, qui emporte simultanément l'extinction, dans la même mesure, du titre de fonction familiale auquel ces pouvoirs sont exercés, est une mesure plus grave que le changement du régime d'administration légale, qui affecte seulement la nature familiale de la fonction et son autonomie, tout en laissant cependant intacts les pouvoirs matériels que ce type qualifie.

Il doit donc être possible aux autorités de tutelle d'adopter cette solution moins restrictive, si elle est suffisante.

Enfin, cette solution n'est pas une singularité dans le système légal. Lorsqu'il soustrait une libéralité à l'administration légale du titulaire de l'autorité parentale en application de l'art. 321 al. 2 CC, mais qu'il désigne l'un des père et mère, ou les deux, comme administrateur — ce qui est possible —, le disposant crée une situation où le titulaire de l'autorité parentale administre sans l'autonomie qui serait la sienne en droit commun: sa position est celle d'un mandataire et, aussi longtemps que le disposant est vivant, il est lié aux instructions de ce dernier. Il est donc possible de concevoir dans ce cas une administration qui, tout en étant exercée par le père ou la mère, est dépourvue de l'autonomie qui est la marque de leur administration légale (430*bis*).

Certes, on pourrait répondre que dans le cas de l'art. 321 al. 2 CC le titulaire de l'autorité parentale n'est en réalité privé du droit d'administrer la libéralité avec autonomie que s'il le veut bien, puisqu'en dernière analyse, il est en son pouvoir de défendre au mineur d'accepter la libéralité ou d'en ordonner la restitution, et cela en application de l'art. 241 al. 2 CO. Mais l'argument n'est pas décisif: nous admettons volontiers que le titulaire de l'autorité parentale, à l'ordinaire, ne peut sans son consentement être privé de son droit d'administration autonome; ce que nous n'admettons pas, c'est qu'on en tire qu'il ne peut pas l'être non plus sans son consentement lorsqu'il administre mal. Or, en matière de protection de la personne du mineur, on peut passer outre l'absence de

(430*bis*) Sur la restriction du droit de jouissance ouverte par l'art. 294 al. 2 CC ancien, cf. BOZER p. 89 à 94.

consentement du titulaire de l'autorité parentale ou le priver d'une faculté impliquée par celle-ci. Qu'on ne réponde pas que la protection de la personne du mineur est trop importante pour qu'il y ait lieu de rechercher le consentement alors que, précisément, l'administration autonome étant moins importante, on ne saurait s'en passer lorsqu'il s'agit de l'ôter au père ou à la mère: car on ne comprendrait plus pourquoi une faculté moins essentielle serait, de ce fait, intouchable sans le consentement de son titulaire (431). Pour nous, il va sans discussion que l'autorité tutélaire peut, lorsque la situation le nécessite, faire ce que pourrait faire un disposant quelconque.

Plus encore, nous avons montré que, toutes les fois qu'il y a lieu de faire approuver par les autorités de tutelle une convention d'entretien (art. 287 al. 1 et 2 et 288 al. 2 litt. a CC), la position des parents est nécessairement identique à celle d'un tuteur (432). Le motif de cette réduction est d'éviter les conventions iniques. Si cette seule crainte justifie une telle mesure, à plus forte raison une administration assez mal conduite pour qu'il y ait lieu de la surveiller à l'instar de celle d'un tuteur, lorsque cette mesure est suffisante (432*bis*).

§ 2. Touchant le tiers administrateur

Le tiers administrateur ne tient ses fonctions ni de l'autorité tutélaire, ni de son intégration dans la société familiale, mais uniquement d'une disposition de volonté de l'auteur d'une libéralité. C'est en définitive un mandataire (cf. art. 405 al. 1 *in fine* CO). Dans ces conditions, le retrait de l'administration n'est, pour ce qui le concerne, rien d'autre que la révocation du mandat au sens de

(431) Le Tribunal cantonal du canton de Vaud constate (in RDT 1955 n° 13 p. 108), sans y trouver à redire, qu'il est loisible à un disposant de prévoir une curatelle (de gestion de biens au sens de l'art. 393 CC) dans son testament, à titre de charge (art. 482 CC) grevant sa succession. Et de s'appuyer sur les auteurs (Escher, n. 13 ad 482 CC; FJS n° 851 p. 2). Il ajoute qu'une telle curatelle (au sens de l'art. 393 ch. 2 CC) peut se combiner avec la «curatelle de contrôle» de l'art. 297 CC ancien.

(432) Cf. deuxième partie, tit. 2, chap. 2, sct. 2, 1 A.

(432*bis*) Hegnauer a raison (n. 152 ad 297 CC) de relever qu'une publication n'est pas nécessaire. Nous la considérons cependant comme indiquée. En effet, l'objet de la publication est, en matière de tutelle, d'attirer l'attention des tiers sur la dérogation à la présomption légale que chacun est apte et capable d'agir en son nom et pour son compte; de même, il nous paraît que la soumission du détenteur de l'autorité parentale à la surveillance exercée sur les tuteurs est une dérogation à la présomption légale d'autonomie en matière d'administration légale des père et mère. Là où le même besoin existe, la même solution se justifie et la publication ordonnée dans le cadre de tutelle ou de curatelle devrait s'appliquer ici par analogie.

l'art. 404 CO, avec les conséquences attachées à cet article. Cela signifie en particulier que le retrait de l'administration signifie en tout cas un changement de personne et qu'il ne peut donc continuer comme curateur en application de l'art. 325 al. 2 CC la gestion qui lui incombait précédemment comme administrateur conventionnel. Il est d'autre part évident que le retrait de l'administration n'est concevable que comme étendu à tout le patrimoine géré. Les variantes que avons mentionnées ci-dessus ne concernent donc pas l'administrateur conventionnel.

Chapitre II

Les conditions de ces mesures

Section 1 : Le péril des biens du mineur

§ 1. Le péril comme condition générale et nécessaire

Le concept de péril nous paraît se composer de la réunion de trois éléments (432 *ter*) :

— d'abord, le danger de perte, de dépréciation, de détournement. Ce sont les trois formes de dommage que peut subir le patrimoine du mineur. Par détournement, en particulier, nous entendons l'utilisation de capitaux ou de revenus du mineur frappés d'affectation légale à des fins étrangères à celles-ci (art. 319 al. 1 et 320 al. 1 et 2, 401 al. 1 CC) ;
— ensuite, l'imputabilité de ce danger aux parents, pour des raisons que nous avons déjà exposées (433) ;
— enfin, l'incapacité du titulaire de l'autorité parentale ou de l'administrateur conventionnel de réparer le dommage ou de remplacer les capitaux ou revenus détournés : si cette impossibilité doit s'apprécier en tous les cas selon la situation actuelle de l'intéressé, c'est que, s'agissant de capitaux restituables ou des pertes à indemniser en fin d'administration, le danger d'une perte ou d'une dépréciation sans remède pour le mineur serait écarté si l'intéressé pouvait fournir des sûretés en application de

(432 *ter*) Dans ce sens, nous approuvons entièrement la définition de Bindschedler (p. 128) qui voit un péril pour les biens de l'enfant dans leur diminution, leur dissipation ou une restitution plus difficile. Curti-Forrer (n. 5 ad 297 CC) est moins restrictif : péril signifie pour lui perte partielle ou totale, ou toute autre diminution dans la situation pécuniaire de l'enfant.

(433) Cf. troisième partie, tit. 2, chap. 1, sct. 1, par. 4.

l'art. 324 al. 2 CC; s'il ne le peut pas, le risque de non-restitution ou de non-indemnisation est toujours menaçant: par conséquent, le péril demeure; s'agissant des capitaux non restituables et des prélèvements autorisés, le remplacement doit être immédiat, puisqu'il s'agit de pourvoir à des besoins actuels du mineur.

En résumé, le péril n'est rien d'autre que le risque d'un dommage sans remède (433*bis*).

Que le péril soit la condition générale et nécessaire de tout retrait de l'administration — totale ou partielle — c'est démontré par le texte même des art. 325 al. 1 et 325 al. 2 CC pour les mesures qu'ils concernent. C'est aussi le cas, bien que les textes ne le disent pas, pour les mesures prévues par les art. 308 al. 2 et 325 al. 3 CC.

Dans le premier cas en effet, la désignation d'un curateur chargé de faire valoir la créance alimentaire du mineur ou d'autres droits (pécuniaires) — et cette curatelle n'entre dans notre sujet que sous ce point de vue — est la suite d'une limitation de l'autorité parentale (art. 309 al. 3 CC) ou plutôt, pour ce qui nous intéresse, d'un retrait partiel de l'administration légale, puisqu'il s'agit du pouvoir de disposition des titulaires de l'autorité parentale sur les biens du mineur. Cette limitation est le remède légal à la situation des père et mère qui ne peuvent faire face à leur tâche dans le domaine où il y a lieu à intervention (434). Il est évident — pour prendre l'exemple cité dans la loi elle-même, celui de la créance alimentaire — qu'une telle restriction des facultés des père et mère ne se comprend que si la créance alimentaire est compromise — ou risque de l'être — dans une mesure telle que l'arriéré s'accumulera et que le débiteur ne pourra jamais s'en acquitter, ce qui revient à dire que l'écoulement du temps rend le dommage irréparable et que la créance est compromise dans son ensemble, s'il n'est pas suivi fidèlement aux contributions périodiques. L'autorité tutélaire ne prendra pas la peine de désigner un curateur pour assister un parent qui aurait laissé sans réaction passer une ou deux échéances impayées. On retrouve donc ici les notes qui caractérisent le concept de péril.

Dans le second cas, c'est l'affectation même des revenus (art. 319 al. 1 CC), des prélèvements (art. 320 al. 2 CC) ou du capital non restituable (art. 320 al. 1 CC) qui n'est pas assurée. Là encore, cette restriction aux facultés des père et mère ne se comprend que si le détournement s'étend prévisiblement — ou risque de s'étendre — dans une mesure telle que d'emblée on doit

(433*bis*) Pour SILBERNAGEL, au contraire, (n. 8 ad 297 CC) il faut et il suffit d'un danger notable.

(434) Ainsi que le dit le Message de 1974 p. 83.

admettre qu'il n'y aura pas de remplacement possible; du reste, l'emploi de collectifs montre bien que le risque est d'une certaine ampleur. Ici aussi, on retrouve un élément inséparable de l'idée de péril.

§ 2. Le péril comme condition suffisante

A. *A l'égard de tout administrateur*

Que ces biens du mineur soient soumis à l'administration du titulaire de l'autorité parentale ou à celle d'un administrateur désigné par le disposant, il suffit, pour justifier le retrait de l'administration, selon les variantes que nous avons vues ci-dessus, que le péril soit réalisé en ce qu'il soit à craindre que les revenus des biens de l'enfant ou les montants prélevés sur ces biens ne soient pas utilisés conformément à la loi (art. 325 al. 3 CC).

Aucune autre condition en effet n'est énoncée dans cet article. Le péril est donc nécessaire et suffisant pour son application.

B. *A l'égard du détenteur de l'autorité parentale*

L'autorité parentale peut être limitée, en application de l'art. 308 al. 3 CC, sous la forme d'une retrait d'administration au sens propre — car il appert que le texte même de l'art. 308 al. 1 CC n'ouvre aucune autre solution — en vue de conférer à un curateur le droit d'agir au nom de l'enfant pour faire valoir la créance alimentaire ou d'autres droits — pécuniaires pour ce qui nous intéresse (art. 308 al. 2 CC) —.

La seule condition exprimée au texte (art. 308 al. 1 CC) est que les circonstances l'exigent. Il suffit donc à notre sens que la créance alimentaire — ou d'autres droits patrimoniaux — du mineur encourent le péril que nous avons dit et dans le sens où nous l'avons défini pour que les circonstances justifient l'intervention de l'autorité tutélaire sous une forme qui n'est rien d'autre qu'une application restreinte de l'art. 325 al. 1 CC.

C. *A l'égard d'un administrateur conventionnel*

Lorsque des biens du mineur ne sont administrés ni par le titulaire de l'autorité parentale ès qualités (auquel cas on se trouve dans l'hypothèse de l'art. 325 al. 1 CC) ni par le mineur (car s'il est incapable, il n'y a pas condition de péril pour lui appliquer l'art. 393 *pr* CC et pour désigner un curateur), il faut et il suffit que

la condition de péril soit réalisée pour retirer l'administration du gérant — c'est-à-dire pour révoquer son mandat — et désigner un curateur: l'art. 325 al. 2 CC le démontre par son texte même.

Section 2: Les autres conditions nécessaires

On vient de voir que la condition de péril, si elle est nécessaire, est suffisante pour retirer l'administration à tous autres gérants que le titulaire de l'autorité parentale et aussi, dans les cas visés aux art. 308 al. 2 et 3 et 325 al. 3 CC, à ce dernier même. Dans tous les autres cas, elle ne suffit pas.

La première de ces autres conditions cumulativement nécessaire est toute simple: le retrait de l'administration au titulaire de l'autorité parentale n'est possible que si toute autre mesure a échoué, ou qu'il apparaisse d'emblée que toute autre mesure échouera. La seconde ne fait pas de difficultés non plus — en tant qu'il s'agit de confier l'administration à un curateur qui n'est pas le père ou la mère —: c'est que le retrait au sens propre s'impose à l'égard des deux titulaires de l'autorité parentale. Si en effet la mesure n'intéresse qu'un des parents, l'autre demeure administrateur légal et il est inutile de désigner un curateur; même solution si la mesure consiste en un changement du régime d'administration légale. L'art. 325 al. 1 CC ne trouve donc son application complète que contre l'un et l'autre des père et mère.

Chapitre III

Les effets de ces mesures

Section 1 : Généralités

Lorsque les conditions du retrait de l'administration légale sont réalisées à l'égard d'un seul des deux titulaires de l'autorité parentale, la seule solution possible est ce retrait au sens propre, purement et simplement. A l'autre parent, il sera simplement indiqué d'appliquer l'art. 318 al. 3 CC. Il ne se justifie donc jamais, en cette hypothèse, de désigner un tiers en qualité de curateur.

Lorsque ces mêmes conditions sont réunies à l'encontre des deux titulaires de l'autorité parentale — ou du titulaire unique de celle-ci — les autorités de tutelle ont en principe à prononcer, lorsqu'il est suffisant, le changement du régime de l'administration légale. Si cette mesure apparaît vaine d'emblée ou qu'elle aboutisse à un échec, il y a lieu au retrait pur et simple de l'administration légale, totale ou partielle, selon les variantes que nous avons vues plus haut.

Ce choix est toujours possible lorsqu'il convient d'appliquer l'art. 325 al. 1 CC ou, à l'égard des titulaires de l'autorité parentale ès qualités, l'art. 325 al. 2 CC. Il n'est pas ouvert en revanche quand il y a lieu d'appliquer l'art. 308 CC ; l'hypothèse même visée par le législateur l'interdit (435).

La question de ce choix n'est en revanche pas ouverte lorsque l'administrateur des biens du mineur n'est pas le titulaire de l'autorité parentale — par conséquent aussi lorsque c'est le père ou la mère, mais comme administrateur désigné par le disposant —: dans tous les cas, seul est possible le retrait total de l'administration. Nous en avons dit les raisons.

(435) Cf. le Message de 1974 p. 82 et 83.

Section 2: Les effets du changement du régime d'administration légale

La soumission du titulaire de l'autorité parentale aux règles applicables aux tuteurs emporte également sa soumission aux dispositions prises par les cantons en application de l'art. 425 CC, qui les autorise à compléter les dispositions du CC relatives à la coopération des autorités de tutelle et à établir des règles spéciales pour le placement et la garde des fonds ainsi que pour la comptabilité, la forme des rapports et la reddition des comptes. Cela signifie en particulier que dans le canton de Vaud, les père et mère, auxquels l'art. 325 al. 1 CC a été appliqué dans le sens que nous venons de définir, sont tenus notamment par les dispositions de l'Arrêté du 8 mars 1968 sur l'administration des tutelles et curatelles. L'art. 420 CC, qui traite du recours, est également applicable (436).

Section 3: Les effets du retrait de l'administration

Ces effets reviennent à une vacance de l'administration légale, provoquée par la décision de retrait des autorités de tutelle. Celles-ci auront donc à instituer la curatelle afin de combler cette lacune dans toute la mesure nécessaire. Quant au régime de la curatelle, nous nous sommes suffisamment expliqué ailleurs pour y renvoyer (437). Bornons-nous ici à préciser quelques points relatifs à la curatelle de l'art. 308 al. 2 CC.

La mission de ce curateur s'étend à tout ce qui concerne la créance alimentaire, tant en ce qui touche le principe de celle-ci qu'en ce qui a trait aux contributions d'entretien ou au capital libératoire et à l'exécution des obligations du débiteur. Mais la lettre du texte pourrait faire croire que les attributions du curateur

(436) *Contra* SCHIESSER (p. 144) cf. n. 426.

HEGNAUER a raison (n. 152 ad 297 CC) de relever qu'une publication n'est pas légalement nécessaire. Avec SCHIESSER, nous la considérons cependant comme indiquée. En effet, l'objet de la publication est, en matière de tutelle, d'attirer l'attention des tiers sur la dérogation à la présomption légale que chacun est apte et capable d'agir en son nom et pour son compte; de même, il nous paraît que la soumission du détenteur de l'autorité parentale à la surveillance exercée sur les tuteurs est une dérogation à la présomption légale d'autonomie en matière d'administration légale des père et mère. Là où le même besoin existe, la même solution se justifie et la publication ordonnée dans le cadre de tutelle ou de curatelle devrait s'appliquer ici par analogie.

(437) Cf. deuxième partie, tit. 2, chap. 3, sct. 1.

sont réduites à la représentation du mineur, conformément à ce qu'on lit à l'art. 308 al. 2 CC. Il est cependant évident, pour les raisons que nous avons dites (438), que le curateur gère autant qu'il représente: notamment en matière de conventions d'entretien, dont le curateur discute et détermine le contenu; c'est lui encore qui reçoit les paiements — seuls libératoires pour le débiteur —, accorde des délais ou des sursis, modifie les montants ou les échéances, etc. Si ce n'était pas au curateur à le faire, sa curatelle serait vide de sens. Enfin, sa mission — et c'est un point important — comprend de soi, à notre sens, la faculté et l'obligation, lorsque les conditions en sont réunies, d'intenter l'action en prestation de sûretés prévue par l'art. 292 CC.

(438) Cf. 2e partie, tit. 2, chap. III, sct. 1, § 1.

TITRE CINQUIÈME

La déchéance de l'autorité parentale

Nous ne voulons étudier la déchéance de l'autorité parentale que sous deux points de vue, en tentant de répondre aux questions suivantes:

1° Des faits qui justifieraient la déchéance du rapport d'autorité constitué par les droits sur le patrimoine de l'enfant justifient-t-ils à eux seuls la déchéance de l'autorité parentale et de ces droits simultanément?

2° L'interdiction du titulaire de l'autorité parentale entraîne-t-elle dans tous les cas sa déchéance et, par conséquent, la déchéance de ses droits sur le patrimoine de l'enfant?

Chapitre premier

La déchéance de l'autorité parentale motivée par l'incapacité ou les abus en matière patrimoniale

Le problème est le suivant: la déchéance de l'autorité parentale, au sens de l'art. 311 al. 1 CC, c'est l'extinction du rapport d'autorité en la personne de son titulaire tant pour ce qui concerne la personne de l'enfant que le patrimoine de celui-ci, ce qui est logique puisqu'il s'agit d'un seul et même rapport. D'un autre côté, ainsi qu'on l'a vu, une déchéance séparée des droits sur le patrimoine de l'enfant n'est pas possible, ce qui signifie que l'on ne peut inverser la proposition ci-dessus et concevoir une déchéance des droits sur le patrimoine de l'enfant qui entraînerait une déchéance de l'autorité parentale au sens étroit du pouvoir lié à l'assistance personnelle. Ainsi donc l'extinction du rapport d'autorité sur le patrimoine de l'enfant ne peut être que la suite nécessaire de l'extinction du rapport d'autorité touchant la personne du mineur, et aussi la présuppose.

Or, la question est de savoir si la déchéance de l'autorité parentale sanctionne les manquements des parents (tels que décrits à l'art. 311 al. 1 CC) pour ce qui concerne la personne de l'enfant, ou si des manquements d'une gravité égale, en matière d'administration du patrimoine de l'enfant, peuvent aussi entraîner cette déchéance (438*bis*). Si l'on admet la première proposition, on soutient par

(438*bis*) Tarakcioglu (p. 95/97) est de cet avis. Telle est l'opinion de Tenchio (p. 94/95). Et de citer, par exemple, les abus graves: dissiper dans le jeu le capital du mineur, faire preuve de prodigalité, se livrer à des spéculations, prélever sur la fortune du mineur indûment pour ses propres intérêts, faire banqueroute frauduleuse. Cependant, ce n'est pas sans critique (p. 96) que Tenchio est de cette opinion. Non, en revanche, selon le Conseil d'Etat du canton de Berne (SJZ 19/1922/23, p. 314 n° 63) qui argumente ainsi: 1° l'autorité parentale et les droits des père et mère sur les biens du mineur sont deux institutions séparées *(Als zwei getrennte Rechtsphären der Eltern gegen die Kinder auszufassen sind)*. 2° L'autorité parentale (au sens étroit N.d.r.) est corrélative au développement principalement psychique de l'enfant; c'est l'absence de

là même que la déchéance de l'autorité parentale ne peut intervenir que pour des manquements à l'assistance personnelle. En revanche, si l'on soutient la seconde, on admet par là que la déchéance de l'autorité parentale (au sens étroit de pouvoir lié à l'assistance personnelle de l'enfant) peut être causée par des manquements relatifs à l'administration de son patrimoine. Conséquence qu'une partie de la doctrine n'admet pas (439). En effet il semble difficile d'admettre que l'on puisse déchoir des parents auxquels on ne peut rien reprocher quant au traitement de la personne du mineur (440).

Doctrine et jurisprudence étaient d'accord pour consentir que les causes de déchéance énoncées dans l'ancien art. 285 al. 1 CC devaient, pour entraîner l'application de cet article, entraîner une mise en péril grave et durable de l'enfant. Il n'en va pas différemment des causes de l'art. 311 al. 1 CC. Le tout est de savoir si l'art. 311 al. 1 CC est applicable lorsque le péril menace le patrimoine du mineur (441).

garantie que ce développement psychique sera atteint qui justifie la déchéance; 3° l'art. 297 ancien CC en revanche vise la protection des biens du mineur, et complètement; l'application des mesures qu'il prévoit suffit normalement, car elles permettent de protéger les biens de l'enfant aussi bien que par la nomination d'un tuteur; 4° là donc où les parents seraient incapables de gérer les biens du mineur peuvent assurer le développement psychique de ce dernier, il y a lieu d'appliquer exclusivement l'art. 297 ancien CC. La base de la théorie, ont le voit, est que l'art. 297 ancien CC règle exhaustivement les mesures possibles de protection du patrimoine du mineur. C'est entièrement notre avis. Non, selon le Conseil d'Etat du canton de Soleure (in RDT 1963 n° 12 considérant 3 p. 60; 1964 n° 15 considérant 3 p. 100) si on le comprend bien lorsqu'il dit que la plus grave des mesures de protection du patrimoine d'un mineur est la désignation d'un curateur au sens de l'art. 297 al. 2 CC, abstraction faite de la déchéance de la puisance paternelle, prononcée lorsque sont réunies les conditions qui regardent particulièrement celle-ci. Mais le texte permet aussi de soutenir le contraire.

(439) Ou se borne à regretter, comme EGGER (n. 4 ad 285 CC), qui relève que tout incapable qu'il est d'exercer l'administration légale, le détenteur de l'autorité parentale peut être à même d'assurer l'assistance à la personne du mineur, si bien qu'il est regrettable d'enlever en son entier l'autorité parentale. Mais EGGER ajoute que si les mesures de l'art. 297 CC ancien sont insuffisantes et que la protection du patrimoine ne peut être assurée que par le retrait des droit des père et mère sur celui-ci, il ne reste que la déchéance de l'autorité parentale, puisque les droits des père et mère sur le patrimoine du mineur sont inséparables de l'autorité parentale.

Cf. dans BOZER (p. 62 à 64), le résumé des critiques soulevées contre le principe d'inséparabilité de l'autorité parentale et de l'administration légale.

(440) Même si, ainsi que le remarque EGGER (n. 4 ad 285 CC), la mesure de déchéance de l'autorité parentale peut être adoucie si les père et mère conservent la garde du mineur. Mais on se demande, à ce moment-là, si la déchéance répond bien au but que lui assigne la loi.

(441) Réponse positive de SILBERNAGEL (n. 41 ad 285 CC et 9 ad 298 CC) et de BINDSCHEDLER p. 133.

EGGER (n. 2 ad 298 CC) l'admet tout en le regrettant; tout en opinant pour l'affirmative, HEGNAUER ne manque pas de relever qu'il est des cas — rares pour lui — où

Les partisans d'une réponse positive raisonnent en substance ainsi: ce n'est que pour ce qui concerne les mesures limitatives de l'autorité parentale que la loi distingue entre la protection de la personne du mineur et celle de son patrimoine. En revanche, la déchéance est soumise à l'empire de l'unique art. 311 CC qui vise l'autorité parentale dans toute l'étendue des pouvoirs qu'elle implique, c'est-à-dire aussi bien ceux afférents à l'éducation de l'enfant que ceux qui se rapportent à l'administration de son patrimoine. C'est pourquoi l'incapacité et les manquements visés à l'art. 311 al. 1 CC peuvent concerner exclusivement l'exercice des droits sur le patrimoine du mineur. De même, l'autorité parentale doit aussi être ôtée lorsque la seule personne du mineur est mise en danger et non pas, en outre, son patrimoine (442).

On pourrait également ajouter à l'appui de cette thèse, qu'une déchéance de l'autorité parentale pour cause de mauvaise gestion n'était pas absolument inconnue des codes cantonaux, puisqu'ils prévoyaient une déchéance au moins partielle, dans certains cas, c'est-à-dire restreinte aux droits sur le patrimoine du mineur; on pourrait même citer l'exemple du Code civil valaisan qui prévoyait la déchéance du père tuteur lorsque ce dernier ne pouvait fournir les sûretés qu'on lui demandait pour garantir le patrimoine de son enfant. On pourrait songer également à invoquer l'Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de justice et police (AP II), qui, au chapitre des droits des père et mère sur les biens de leurs enfants, disait ceci:

> «Comme nous l'avons vu plus haut, l'autorité tutélaire prend en général les mesures nécessaires pour remédier aux abus; elle peut soumettre l'administration des père et mère à la surveillance qu'elle exerce sur les tuteurs ou leur demander les sûretés. Enfin, elle a la faculté de prononcer la déchéance de la puissance paternelle». (443)

On pourrait également ajouter que la généralité des termes employés par l'art. 311 al. 1 CC est telle que l'on peut fort bien concevoir que les motifs énoncés au texte ne se rapportent pas

les principes généraux applicables en matière de protection du mineur, c'est-à-dire le souci de ne prendre que la mesure suffisante et nécessaire la plus douce possible, sont applicables (n. 10 et 12 à 15 ad 298 CC).

(442) Tel est le raisonnement de HEGNAUER (n. 8 à 11 ad 298 CC).

Pour BOZER (p. 59), la mauvaise administration des père et mère est une cause de déchéance de l'autorité parentale au sens de l'art. 285 CC ancien. Selon SPITZER (RDT 1955 p. 9), la déchéance de l'autorité parentale emportant privation des droits des parents sur les biens du mineur peut être prononcée si les père et mère manquent à leur devoir ou que les biens des enfants soient en péril. Il semble donc bien se rallier à la seconde position.

(443) P. 222.

seulement à la personne de l'enfant, mais aussi à son patrimoine. Rien du moins dans la teneur de l'art. 311 al. 1 CC n'exclut cette hypothèse.

Nous opinons cependant pour la négative pour les raisons que voici:

1° La déchéance de l'autorité parentale, envisagée dans ses effets, c'est-à-dire dans la privation par définition universelle de toutes les facultés impliquées par le rapport juridique d'autorité entre les père et mère et l'enfant, va plus loin nécessairement que la cause qui la motive. Aussi bien, ce n'est nullement une condition de la déchéance que le titulaire de l'autorité parentale ait fait la preuve d'incapacité ou de manquements singulièrement pour chacune des facultés impliquées par l'autorité parentale. Il se peut même fort bien que l'on déchoie à juste titre un parent qui, à certains égards, remplit les obligations que la loi lui impose. On est donc en présence d'un effet global — perte de tout droit — pour une cause particulière, mais qualifiée.

La première conclusion à en tirer, différence essentielle entre la déchéance de l'autorité parentale et les limitations de celle-ci, c'est que précisément la déchéance emporte la perte de tous les droits qu'implique l'autorité parentale et cela de par la loi, sans que l'autorité qui prend la décision puisse restreindre la perte des droits à proportion des nécessités auxquelles il s'agit de pourvoir, c'est-à-dire dans les limites du domaine où les parents font preuve de leur incapacité ou de leurs manquements; alors que, dans les mesures de restriction de l'autorité parentale, la privation d'une faculté déterminée ne peut s'étendre au-delà du domaine où les parents sont en défaut, et ne saurait entraîner par conséquent la perte de facultés où ils font la preuve de leurs aptitudes; de telle sorte qu'il y a, dans les mesures de restriction de l'autorité parentale, une règle de proportionnalité entre la mesure et le but à atteindre qui ne s'applique nullement en cas de déchéance, puisque précisément il n'y a plus aucun rapport avec un but à atteindre et qu'il s'agit de rompre purement et simplement le rapport juridique entre les père et mère et l'enfant; il n'y a par conséquent aucune comparaison possible entre but et moyens. Dès lors, si la cause de la déchéance est unique, elle doit être qualifiée, en tout cas par le danger qu'elle fait courir à l'enfant. Elle est qualifiée, selon nous, précisément parce que la gravité de l'incapacité ou des manquements des parents (hormis le cas où cette incapacité, frappant le titulaire de l'autorité parentale, le rend incapable d'agir en n'importe quel domaine et l'empêche d'exercer aucune faculté que la loi lui attribue) a pour mesure l'importance relative du domaine où se manifestent incapacité et manquements par rapport aux

autres domaines où ils ne se manifestent pas. Cela suppose une hiérarchie des besoins de l'enfant, telle que, s'il n'est pas pourvu à certains d'entre eux, tous les autres sont compromis ou du moins le fait que les parents y satisfassent perd toute importance. En conséquence incapacité et manquements doivent se rapporter à un domaine dont l'importance pour le développement physique et moral de l'enfant lui donne la priorité sur tout autre. Cette hiérarchie détermine une hiérarchie des différents buts de l'autorité parentale. Certaines donc des facultés de celles-ci ne sont accordées qu'en considération de facultés plus importantes, parce que répondant à des priorités plus urgentes, et qui, dans ce sens, sont conditionnées par l'existence de ces buts premiers. A défaut de ces derniers, elles perdent elles-mêmes toute aptitude à légitimer l'autorité parentale. Dès lors, l'inaptitude des père et mère à pourvoir à des besoins essentiels entraîne la fin du rapport juridique, faute de raison d'être, alors même qu'ils sont aptes à pourvoir à des besoins moins essentiels, parce que les premiers légitiment le rapport de l'autorité parentale, tandis que les seconds ne les légitiment que moyennant l'existence des premiers, et ne peuvent suppléer le défaut de ceux-ci (443 *bis*).

Or, les besoins de la personne du mineur l'emportent en nécessité sur les besoins de son patrimoine, et par conséquent ont la priorité. S'il est pourvu à ces besoins, l'autorité parentale conserve sa raison d'être et sa finalité, même si les parents sont moins habiles à sauvegarder le patrimoine de l'enfant, et alors même que l'on pourrait qualifier de graves les manquements ou l'incapacité des père et mère administrateurs du patrimoine. La raison d'être de celui-ci est après tout la personne de son titulaire, qu'il soutient dans l'existence, à qui il permet l'indépendance et le libre développement de ses facultés physiques et mentales. Si la fonction même du patrimoine le subordonne à la personne du mineur, sa gestion est à l'assistance personnelle ce que le patrimoine lui-même est à la personne. Il s'agit dans tous les cas de besoins que l'on doit considérer comme secondaires et non essentiels. Lors donc qu'il est pourvu aux besoins essentiels du mineur, et que par conséquent le rapport juridique que constitue l'autorité parentale conserve sa raison d'être, même s'il n'est pas pourvu à des besoins secondaires, la déchéance n'est pas justifiée.

C'est dire que, pour nous, les manquements et l'incapacité dans le domaine patrimonial ne constituent pas des causes légitimes qui permettent de soustraire un enfant à ses père et mère et de pronon-

(443 *bis*) Renvoyons sur ce point à la note 438 *bis* et à l'arrêt qui y est cité, lequel fait bien voir que le but premier et essentiel de l'autorité parentale est le développement psychique de l'enfant.

cer la déchéance de l'autorité parentale, lorsque les père et mère n'encourent pas les mêmes reproches en matière d'assistance (444).

2° Au surplus, si notre système légal ne connaît pas de déchéance séparée des droits sur le patrimoine du mineur, c'est qu'il ne considère pas qu'un comportement en cette matière même conforme aux conditions posées par l'art. 311 al. 1 CC soit suffisamment important pour légitimer cette déchéance. En outre, l'art. 311 al. 1 CC ne dit pas que l'incapacité en matière d'exercice des droits sur le patrimoine du mineur justifie la déchéance de l'autorité parentale.

3° Mieux encore, il nous permet de constater l'importance de la déchéance de l'autorité parentale, et, par contrecoup, des besoins dont la satisfaction est la raison d'être du rapport juridique constitutif de l'autorité parentale. En effet, alors qu'il ne dit rien de l'influence des manquements et de l'incapacité en matière d'exercice des droits sur le patrimoine du mineur sur la déchéance de l'autorité parentale, il considère que le motif de celle-ci, savoir la non-satisfaction des besoins essentiels et prioritaires du mineur dans sa personne, est si importante qu'elle justifie à elle seule que l'ensemble des rapports juridiques entre le père ou la mère, le mineur et son patrimoine soit éteint. Si les droits sur le patrimoine du mineur suivent la condition de l'autorité parentale, lors même qu'aucune cause de déchéance relative à l'administration n'est réalisée, c'est précisément que la loi considère ces droits comme secondaires par rapport à l'autorité parentale au sens étroit du pouvoir lié à l'assistance personnelle. Tout le monde avoue, en effet, qu'il n'est absolument pas nécessaire, pour justifier la déchéance de l'autorité parentale, que les père et mère soient aussi incapables d'exercer à satisfaction de droit leur pouvoir sur le patrimoine du mineur.

4° Au demeurant, l'argument de l'unicité et de la généralité de l'art. 285 al. 1 CC ancien — et aussi dès lors de l'art. 311 al. 1 CC — nous paraît forcé. Il suffit de lire la suite des notes marginales

(444) C'est l'opinion à laquelle paraît se rallier SCHIESSER (p. 136). DU PASQUIER (RDT 1948 p. 58/59) est du même avis. Telle pourrait être la conclusion qu'on peut tirer de l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral, TF, 2e Cour civile, 15 mai 1913, HOFMANN contre Lucerne, RO 39 II n° 33 cons. 2 p. 172. Le Tribunal fédéral relève que la déchéance (au sens de perte de l'aptitude à la titularité, selon nous) des droits des père et mère sur le patrimoine du mineur ne peut intervenir qu'aux conditions posées par l'art. 285 ancien CC, c'est-à-dire lorsque fait défaut l'aptitude à l'éducation de l'enfant. A remarquer l'avis du Conseil d'Etat du canton de Soleure (in RDT 1967 n° 20 cons. 2 p. 144) que si les parents négligeaient l'entretien et l'éducation du mineur tout en percevant son salaire, la déchéance de l'autorité parentale serait justifiée au sens de l'art. 285 al. 1 ancien CC. Cette opinion est juste, puisque c'est l'assistance personnelle qui n'est plus assurée.

qui précèdent et jouxtent l'art. 311 al. 1 CC pour constater que la déchéance de l'autorité parentale est la plus grave des décisions qu'autorise l'intervention de l'autorité tutélaire en matière d'autorité parentale au sens étroit, ce qui résulte de la place de ces dispositions, et sanctionne la carence des parents en matière d'assistance, nul ne contestant que les art. 307 à 310 CC — comme les art. 283 et 284 anciens CC — ne se rapportent essentiellement à cette matière. Ou alors il faudrait n'attacher aucune conséquence à la simple suite des chiffres marginaux. Or, si l'on devait suivre le raisonnement à propos de la dernière des mesures prévues dans le même chapitre et dans l'ordre numérique, on devrait admettre aussi que les mesures prévues par les art. 307 à 310 CC sont aussi applicables indifféremment au titulaire de l'autorité parentale administrateur et au titulaire de l'autorité parentale manquant aux devoirs liés à l'assistance personnelle. Ce ne paraît pas le cas.

5° Quant à la réflexion de l'Exposé des motifs sur le cas grave de déficience dans l'administration qui motive la déchéance de l'autorité parentale nous répondrons qu'on peut fort bien admettre que l'auteur pensait tout simplement au cas où les biens sont si mal gérés que les conditions d'existence du mineur et par conséquent son développement physique et moral même sont compromis.

C'est que, lorsque les manquements et l'incapacité en matière d'administration du patrimoine du mineur ont pour effet de compromettre les besoins essentiels de la personne de celui-ci, la déchéance de l'autorité parentale est justifiée, précisément pour les raisons que nous avons développées tout à l'heure. En d'autres termes, l'incapacité du parent gérant doit nécessairement passer par une déficience en matière d'assistance pour que l'art. 311 al. 1 CC soit applicable (444*bis*).

(444*bis*) Dans ce sens, semble-t-il, BAUMANN (RDT 1948 p. 52). Mais il dit le contraire deux pages plus loin (p. 54/55).

Chapitre II

La déchéance de l'autorité parentale motivée par l'interdiction

Selon la doctrine quasi unanime (445), l'interdiction des parents est une cause de déchéance de l'autorité parentale soustraite au pouvoir d'appréciation de l'autorité compétente. Les parents qui, selon les art. 369 à 372 CC, ne sont pas capables de pourvoir à

(445) Egger (n. 5 ad 285 CC); Silbernagel (n. 39 ad 285 CC) qui relève cependant qu'il y faut un prononcé spécial de l'autorité; Hegnauer, n. 24, 24 a et 39 ad 285 CC. Bindschedler, p. 132; sans parler de la jurisprudence: Conseil d'Etat du canton de Berne, in SJZ 22/1925/26, p. 345 n° 277. A ce propos, on lira avec profit les deux articles dans le sens contraire de Cuénod (RDT 1949 p. 121) et d'Albisser (RDT 1951 p. 43). Cuénod, dans son article, arrivait aux conclusions suivantes: en cas d'interdiction, l'autorité compétente a le choix de prononcer la déchéance de l'autorité parentale si l'interdiction est motivée par des faits qui montrent que les père et mère sont indignes ou incapables d'exercer l'autorité parentale; ou de désigner un tuteur aux enfants, sans déchéance; ou de renoncer non seulement à la déchéance, si les père et mère sont dignes et capables d'élever les enfants, mais encore à la désignation d'un tuteur. Pour l'essentiel, il faisait valoir trois arguments: 1° la lettre de l'art. 285 al. 2 ancien CC suppose un prononcé de déchéance de l'autorité parentale distinct du prononcé d'interdiction. Donc celle qui n'applique pas celle-là; 2° la tutelle peut coexister avec l'autorité parentale (dans le cas de l'art. 286 ancien CC); donc, qui peut plus pouvant le moins, l'autorité tutélaire peut désigner un tuteur à l'enfant sans déchoir les père et mère de l'autorité tutélaire — ils seront simplement exclus de son exercice effectif —; 3° il est inéquitable de déchoir de l'autorité parentale l'interdit qui n'a pas démérité à l'égard de ses enfants.

Albisser, dans son article, écrit pour réfuter Cuénod, soutient au contraire que l'interdiction emporte toujours la déchéance de l'autorité parentale. Il fait valoir les arguments que voici: 1° que les deux prononcés (interdiction et déchéance) soient séparés ne signifie pas que l'un n'entraîne pas inévitablement le second; 2° le Tribunal fédéral a expressément jugé que contrairement à l'avis de Cuénod à la tutelle de l'art. 286 ancien CC est incompatible avec l'autorité parentale, ce qui ressort du reste de l'art. 368 CC; 3° il n'est pas admissible qu'une personne privée de l'exercice des droits civils exerce ceux d'enfants mineurs; au contraire, l'exercice de l'autorité parentale suppose l'exercice des droits civils.

Nous adhérons aux conclusions de Cuénod, étant cependant entendu qu'un changement de régime en application de l'art. 286 ancien CC est incompatible avec

leurs propres affaires, sont hors d'état, de plein droit, d'exercer l'autorité parentale, et en particulier de représenter l'enfant. La loi pose ici une présomption irréfragable, si bien que l'interdiction est ainsi une cause absolue de déchéance (446). L'art. 296 al. 2 CC

l'autorité parentale sur l'enfant à qui un tuteur est désigné. Quant au premier argument de CUÉNOD, nous pensons que le premier d'ALBISSER le récuse justement. Le second demande à être nuancé, comme nous venons de le faire, mais il montre que CUÉNOD est le seul qui a vu un problème dans l'art. 286 ancien CC et que cette disposition n'est pas un cas de déchéance de l'autorité parentale au sens précis et avec les effets de l'art. 285 ancien CC. Et ALBISSER n'a pas vu la difficulté ou n'a pas voulu la voir. Quant au troisième argument, il reste sans réponse. ALBISSER, du reste, reconnaît que si les parents n'ont pas démérité pour ce qui concerne l'assistance, il se justifie de laisser l'enfant aux père et mère déchus. Mais cela est contraire au but même de l'art. 285 ancien CC et du reste au rapport nécessaire entre l'autorité parentale et la garde, celle-là étant la cause de celle-ci, de telle sorte qu'on aboutit à cette incohérence d'un droit de garde sans cause juridique. Le dernier argument d'ALBISSER nous paraît faible, si l'on tient compte des différences dans les causes de l'interdiction, comme nous le disons au texte, et de ce fait que le tuteur peut pratiquement, et avec effet de droit, laisser une marge de liberté plus ou moins grande à son pupille dans l'exercice des droits civils, fût-ce par le jeu des art. 412 et 414 CC. MEYER (RDT 1962 p. 42/43) commentant la querelle CUÉNOD/ALBISSER, déclare que l'institution d'une tutelle en vertu de l'art. 286 ancien CC implique la déchéance de la puissance paternelle, position contraire à celle de CUÉNOD. Il déclare également inadmissible la conclusion de CUÉNOD que l'interdiction des parents n'entraîne pas nécessairement la désignation d'un tuteur aux enfants. Selon MEYER, en réalité, l'art. 286 ancien CC comme l'art. 285 ancien CC aboutit au retrait de l'autorité parentale à celui qui en était investi, quels que soient les termes employés par le dispositif de la décision, le résultat pratique est le même. A ce propos, MEYER cite l'arrêt du Tribunal fédéral publié au RO 65 II 116, selon lequel l'établissement de la tutelle prévue à l'art. 286 ancien CC fait disparaître de plein droit droit la puissance paternelle de l'époux remarié, sans qu'une procédure de déchéance soit nécessaire, les effets de l'art. 286 ancien CC étant identiques à ceux de l'art. 285 ancien CC. Selon nous, les effets pratiques n'étant précisément pas les mêmes, on ne saurait identifier les deux causes.

(446) Dans ce sens, CURTI-FORRER (n. 8 ad 273 CC), encore qu'il faille un prononcé spécial distinct de celui d'interdiction (id., n. 9 ad 273 CC). Le Conseil d'Etat du canton de St-Gall (RDT 1964 n° 14 p. 95) est de cet avis. Tel est l'avis du Conseil d'Etat du canton de Berne (RDT 1957 n° 4 p. 19), dans un cas où les père et mère étaient sous tutelle volontaire (art. 372 CC). Les arguments de cette autorité — et généralement de l'opinion que nous combattons ici — sont au nombre de quatre, nous semble-t-il: 1° la loi ne fait aucune distinction selon la cause d'interdiction; 2° elle ne prévoit pas d'exception à la conséquence entre l'interdiction et la déchéance de l'autorité parentale; 3° l'autorité parentale doit être considérée comme un tout, de sorte qu'elle est ôtée entièrement au titulaire interdit; 4° dès lors que le détenteur de l'autorité parentale perd l'exercice des droits civils pour ce qui le concerne, il ne peut suppléer le mineur dans le sien. Nous répondons ceci: ad 1°: «la loi ne fait pas de distinction», qu'est-ce qu'est la loi? l'art. 285 al. 1 ancien CC pris isolément ou le même article en corrélation avec les art. 369 à 425 CC, ce qui amène à introduire tout à l'heure des distinctions qui sont bien nécessaires? ad 2°: le droit suisse ne connaît pas d'abdication de l'autorité parentale (cf. n. 17). Lors donc qu'une déclaration de volonté, abstraction faite des circonstances objectives qui la motivent et l'accompagnent, ne peut avoir cette application pour effet, il n'y a pas lieu d'en tenir compte pour la déchéance de l'autorité parentale. Or, les causes objectives, indépendantes de la volonté du requérant, de la

pose du reste en principe que les interdits n'ont pas l'autorité parentale.

Nous ne sommes pourtant pas de cet avis.

De l'aveu général, l'art. 285 al. 1 ancien CC, en parlant d'interdiction comme cause de déchéance de l'autorité parentale, établissait une présomption. Dans cette optique, l'interdiction dispense de prouver que les détenteurs de l'autorité parentale ne peuvent l'exercer pour les motifs énoncés à l'art. 285 al. 1 ancien CC, ou 311 al. 1 CC, ou que les enfants courent le risque de souffrir des manquements et de l'incapacité de leurs parents. L'art. 296 al. 2 CC est fondé sur la même présomption; ce qui signifie que l'interdiction dispense de prouver la réalisation des motifs de l'art. 311 al. 1 CC. La présomption consiste à tenir pour établi un fait auquel la loi attache des conséquences légales, pourvu que soit prouvé un autre fait, ayant avec le premier un rapport de causalité ou de

différence de régime d'administration et de représentation légales entre la curatelle volontaire (394 CC) et la tutelle volontaire (372 CC) étant les mêmes, cette différence ne repose que sur la volonté du requérant. Mais comme cette volonté, en tant qu'elle tendrait à l'interdiction, équivaut, abstraction faite des causes objectives qui accompagnent les motifs de cette déclaration, à une abdication de l'autorité parentale, il n'y a pas lieu de la prendre en considération; ad 3° abstraction faite de cette déclaration, les causes objectives énoncées à l'art. 372 CC et l'art. 394 CC ne conduisent par elles-mêmes nullement à l'interdiction, mais seulement à l'alternative curatelle/tutelle; ad 4° l'interdiction elle-même est un genre qui comprend plusieurs espèces:

- interdiction partielle s'étendant à certains actes limitativement énumérés (395 al. 1 CC)
- interdiction partielle s'étendant à la gestion des biens (art. 395 al. 2 CC)
- interdiction totale
  - avec gestion par le tuteur seul, si le pupille est incapable de faire aucun acte (absence de discernement)
  - avec gestion partagée entre le tuteur et le pupille si ce dernier est capable de discernement, soit
    - gestion indépendante par le pupille dans le cadre d'une profession ou d'une industrie (art. 412 CC)
    - gestion indépendante par le pupille pour une partie au moins de l'administration ordinaire, car le tuteur ne fait pas toute l'administration ordinaire
    - gestion par le pupille sous réserve de ratification (art. 410 CC et suivants),

ces distinctions valant du reste aussi pour l'interdiction partielle. Il y a donc, en résumé, des distinctions que le système légal impose tant dans les causes de l'interdiction que dans ses effets. Et la mention de l'interdiction dans l'art. 285 al. 1 ancien CC suppose un renvoi à l'ensemble de ce régime, avec les variantes qu'il comporte. Du reste, il est plaisant de dire que la loi ne fait aucune distinction quand l'art. 285 al. 1 ancien CC énumérait quatre causes distinctes de déchéance de la puissance paternelle (que l'arrêt du Conseil d'Etat bernois énumère du reste au considérant 1). Dans ces conditions, il faut bien admettre que ces causes distinctes devant avoir les mêmes effets, elles ont le même pouvoir de l'amener et il est légitime de se demander si toutes les causes d'interdiction ont la même force à cet égard. Pour la suite du raisonnement, nous renvoyons au texte.

concomitance infiniment plus probable, d'après l'expérience générale de la vie, qu'avec n'importe quel autre fait. Il en résulte que la présomption n'est légitime que si réellement le lien de probabilité est suffisant.

Si maintenant l'on remplace l'interdiction par ses causes, telles qu'elles sont établies par les art. 369 à 372 CC, on aboutit à constater que la dispense de preuve viserait les motifs de l'art. 311 al. 1 CC, moyennant celle des faits suivants:

— incapacité de gérer ses affaires par suite de maladie mentale ou faiblesse d'esprit;
— impuissance à se passer de soins ou de secours permanents, ou menace de la sécurité d'autrui, par suite de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit, de prodigalité, d'ivrognerie, d'inconduite ou de mauvaise gestion;
— détention ou internement de plus d'une année;
— incapacité de gérer *convenablement* ses affaires pour cause de faiblesse sénile, d'infirmité ou d'inexpérience.

Relevons en particulier que si l'on remplace la détention ou l'internement de plus d'un an par la cause d'interdiction réelle, impliquée ou sous-entendue par l'art. 371 CC, on aboutit à constater que la détention ou l'internement forment à leur tour une présomption, à savoir celle que le détenu est empêché de pourvoir convenablement à ses affaires par suite de sa détention, dite présomption étant renversable, selon l'avis d'Egger, qui nous paraît le seul compatible avec le système général des causes d'interdiction (446*bis*). En réalité, la cause de l'interdiction de l'art. 371 CC est

(446*bis*) En réalité, ainsi qu'on l'apprendra en lisant l'article de STÖCKLI in RDT 1961 p. 1 et ss, il y a trois opinions sur la question. La première est notamment celle de Karl SPECKER (référence in STÖCKLI, RDT 1961 p. 1), selon qui l'art. 371 CC est à la fois vide de sens et désuet. La seconde est l'opinion d'EGGER (n. 8 ad 371 CC) pour qui l'interdiction pour cause de détention ne prend un sens raisonnable que si le condamné a besoin d'une protection. A l'autre extrême se situe la troisième opinion, selon laquelle l'art. 371 CC n'exige pas d'autres conditions matérielles que l'existence d'une détention, de sorte qu'il est sans pertinence d'examiner si le détenu a un besoin spécial de protection, même dans le seul domaine de ses affaires patrimoniales. C'est l'opinion de KAUFMANN (n. 8 ad 371 CC), celle de STÖCKLI, celle apparemment du Tribunal fédéral dans sa jurisprudence récente, puisque dans l'arrêt publié au RO 78 II p. 9 cette juridiction parle du «besoin d'assistance» du détenu. Du reste, il faut bien constater avec STÖCKLI que les autorités suisses de tutelle ne tiennent compte dans leur pratique ni de l'opinion de SPECKER ni de celle d'EGGER et ne font dépendre l'interdiction que de la condition formelle de la détention.

STÖCKLI (*loc. cit.* p. 3) fait valoir d'abord un argument historique. Dans le projet de Eugène HUBER, il n'était pas expressément prévu au texte que le détenu dût avoir un besoin particulier d'assistance. Cependant (selon STÖCKLI) HUBER considérait cette condition comme sous-entendue, en admettant que cette nécessité existait aussitôt que le détenu était condamné à une peine privative de liberté d'un an et plus.

Il est à relever du reste que dans l'exposé des motifs (p. 249), on lit que «la détention constitue en soi une cause de mise sous tutelle». Sur proposition de la Commission du Conseil national, ce Conseil introduisit dans le projet cet ajout que l'interdiction n'avait lieu que si le détenu ne pouvait pourvoir à ses affaires (cf. STÖCKLI, *loc. cit.* p. 3). En revanche, et contrairement au projet, l'interdiction soumise à cette condition pouvait être prononcée, que la peine fût ou non égale ou supérieure à un an de privation de liberté. Le Conseil des Etats supprima cette clause supplémentaire. Telle est l'origine de l'art. 371 CC actuel. Les délibérations aux Chambres fédérales font ainsi apparaître selon STÖCKLI que l'art. 371 CC, comme l'art. 368 CC, établit une cause absolue d'interdiction. Partant de la mention d'un besoin d'assistance dans l'arrêt publié au RO 78 II 406, STÖCKLI relève que le seul fait de la détention crée ce besoin. C'est même pour lui une nécessité absolue, le droit pénal et le droit de la tutelle concourant ici à protéger la personnalité du détenu et à préparer sa réintégration dans la société. La psychologie du détenu elle-même montre qu'il a besoin de cette assistance. En résumé, pour STÖCKLI, le législateur a lui-même déterminé qui a besoin de soins et de secours permanents au sens de l'art. 371 CC. La loi ne permet donc pas, selon lui, de rechercher dans le cas d'espèce si la mesure qu'elle prévoit est opportune ou non. L'autorité tutélaire peut cependant apprécier librement, sur requête expresse, s'il y a lieu d'autoriser des exceptions à l'interdiction dans les cas où cette mesure apparaît manifestement inopportune. Aux arguments qui précèdent, on peut opposer ceux-ci:

— L'argument historique n'est pas décisif; Eugène HUBER tenait que la détention pour un an ou plus crée un présomption d'incapacité du détenu à gérer ses affaires. La question a été bien vue par le législateur, puisque ce dernier a jugé, à un moment, opportun de l'exprimer. Il y a renoncé, en particulier pour des raisons pratiques, la tutelle du détenu apparaissant difficile à organiser et du reste disproportionnée au but à atteindre au moment où il a été question de l'introduire pour les détentions inférieures à une année. Mais les délibérations montrent que la question de savoir si la présomption créée par la détention est ou non renversable et demeurée intacte.

— S'agissant de la tutelle des majeurs, créer une présomption irréfragable du fait de la détention pour plus d'un an serait instituer une disposition exorbitante du droit commun de la tutelle. Il est constant qu'il ne suffit pas de la condition particulière à chacun des art. 369, 370 et 372 CC pour instituer la tutelle, mais encore de la condition générale du danger pour autrui ou pour soi-même ou du besoin d'assistance. Il n'y a aucun motif de ne pas admettre que cette condition, peut être sous-entendue dans l'art. 371 CC, n'est pas moins implicite, de sorte qu'elle peut faire l'objet d'un examen spécial lorsque les circonstances le justifient; du reste, en reconnaissant l'exception lorsqu'elle est opportune, STÖCKLI ruine par la base son propre raisonnement. C'est du reste bien dans ce sens que la jurisprudence a évolué.

— Les arguments de SPECKER ne sont pas réfutés. Selon ce dernier, en effet, le détenu, de ce fait, ne met en danger ni lui-même, ni le public. L'assistance personnelle, il faut bien le dire, est assurée par les assistants sociaux attachés aux établissements de détention, à telle enseigne que la nomination quasiment régulière de certains d'entre eux n'est plus qu'une formalité vide de sens et que l'assistance personnelle est assurée par eux même en dehors de leur nomination comme tuteurs si bien que le tiers nommé en application de l'art. 371 CC ne fait pratiquement rien, ce que l'expérience vérifie. En outre, si c'est pour des raisons indépendantes de la détention que le détenu a besoin de cette assistance personnelle et qu'il s'agisse d'autres causes spéciales de tutelle, il peut être interdit en application des art. 369, 370 ou 372 CC. En d'autres termes, c'est à bon droit que SPECKER considère l'art. 371 CC comme une superfétation sur le rapport de l'assistance personnelle. Il est à peine besoin de dire que cet article n'autorise pas, en l'absence d'une nécessité d'assistance personnelle, à pourvoir le détenu d'un tuteur pour gérer ces affaires patrimoniales: en cette hypothèse, le détenu peut être placé sous conseil légal ou sous curatelle (cf. les arguments de SPECKER tels que recensés par STÖCKLI in RDT 1961 p. 1/2).

donc l'empêchement de pourvoir convenablement à ses affaires (446*ter*).

En excluant provisoirement les causes d'interdiction des art. 371 et 372 CC, on constate que le lien de probabilité est établi par la loi entre l'incapacité complète de maîtriser sa situation personnelle, c'est-à-dire de pourvoir aux soins que l'on se doit à soi-même en sa personne, ou l'incapacité de maîtriser sa situation financière dans la mesure où celle-ci influe sur la situation personnelle au sens relevé ci-dessus, pour une cause qui réside dans la personne même de l'intéressé, d'une part, et l'incapacité d'exercer l'autorité parentale, d'autre part.

Il est donc logique que ce lien de probabilité ne soit pas suffisamment établi selon l'expérience générale de la vie lorsque l'interdiction n'est pas fondée sur la preuve directe de l'incapacité dont la définition vient d'être donnée ci-dessus, savoir:

1° Lorsque l'interdiction à son tour est fondée sur une présomption, celle-ci renversable, et lorsque, en outre, la cause de l'interdiction ne réside pas dans la personne même de l'intéressé, en ce sens qu'il ne s'agit pas d'un défaut de caractère, nous faisons allusion par là à l'art. 371 CC.

Il est en effet frappant de constater que contrairement à toutes les autres causes d'interdiction, la détention ou l'internement, certes mesures qui visent la personne même de l'intéressé, ne sont néanmoins pas des facteurs qui appartiennent à sa constitution psychique et physique, cela contrairement aux art. 369, 370 et 372 CC. En d'autres termes, l'incapacité de gérer ses affaires est déduite du fait de la privation de liberté physique. Or, cette privation, la doc-

C'est pourquoi, en définitive, nous nous tenons à tout le moins à la position de EGGER, à savoir que la présomption du besoin de l'assistance personnelle créée par la détention égale ou supérieure à un an est réfragable, à tout le moins, voire même qu'il y a lieu à protection personnelle et patrimoniale du détenu pour que la tutelle de l'art. 371 CC trouve un sens.

Il est à relever que SPITZER (RDT 1965 p. 84/85 ch. II) admet l'institution de la tutelle du chef de l'art. 371 CC dès que les conditions formelles sont réunies, et sans qu'il y ait lieu d'examiner si dans le cas d'espèce, elle répond à un besoin. A cela trois raisons selon lui, et selon la commission d'étude pour la révision partielle du droit de la famille, aux travaux de laquelle il se réfère: l'art. 371 CC exprime une certaine tradition et répond en tout cas à la pratique actuelle des autorités de tutelle; ensuite, les intéressés eux-mêmes considèrent la tutelle comme une assistance; enfin, il n'y a pas de véritable défaut dans cette législation et des idées fondamentalement nouvelles à ce propos ne sont pas apparues. Cela n'empêche pas cependant de remarquer qu'il serait plus raisonnable d'établir par voie jurisprudentielle qu'il n'y aurait lieu à interdiction au sens de l'art. 371 CC que dans les cas où les circonstances concrètes feraient apparaître la nécessité de son institution. Et de préférer l'arrêt publié au RO 84 II 677. Cela ne modifie rien de notre propre opinion, au contraire.

(446*ter*) Cf. la n. 446*bis*. Le besoin d'assistance personnelle (tutélaire) nous paraît en effet dans les conditions actuelles de la détention le moins important.

trine l'a souvent remarqué, ne justifie pas sans réserve une interdiction (446*quater*). En effet, il n'y a dans cette cause autre chose que l'empêchement de faire en temps et lieu, ou en personne, les actes nécessaires, ou, à défaut, de choisir un mandataire. En d'autres termes, la détention n'a pas d'effet plus grave que l'absence, ou l'incapacité de gérer ses affaires soi-même, ou de choisir un mandataire, toutes causes qui justifient tout au plus l'institution d'une curatelle. C'est d'ailleurs bien pourquoi une partie de la doctrine estime une curatelle largement suffisante en cas de détention, à moins que les besoins de l'intéressé n'appellent l'institution d'une tutelle (446*quinquies*).

C'est dire que le lien de probabilité suffisante qui est la raison d'être même d'une présomption fait largement défaut dans le cas de l'interdiction pour cause de détention. Autrement dit, nous sommes en dehors du domaine de la présomption, puisque selon la doctrine qui nous paraît la plus probable, la preuve de l'incapacité à gérer ses propres affaires en cas de privation de liberté doit être faite directement. On ne voit dès lors pas qu'il soit possible de présumer

(446*quater*) On relèvera du reste que selon HUBER lui-même cité par RITTMEYER (p. 68) la détention pour une durée inférieure à un an est un motif de curatelle au sens de l'art. 393 ch. 2 CC. Comme on ne voit pas en quoi la durée de la peine influe sur le fondement juridique de l'institution, il faut bien en retenir que l'interdiction de l'art. 371 CC n'a d'autre caractère que celui de l'institution d'une curatelle. RITTMEYER du reste (p. 72) se demande si dans l'hypothèse visée à l'art. 371 CC l'institution d'une curatelle ou d'un conseil légal ne suffirait pas, si en définitive l'art. 371 CC n'est fondé sur rien d'autre que la fiction de ne pouvoir gérer ses affaires.

(446*quinquies*) On pourrait faire remarquer dans ce sens que, selon le Tribunal fédéral (TF, 2e Cour civile, 17 février 1949, B, RO 75 II n° 4 p. 28/29), la tutelle fondée sur l'art. 371 CC a pour cause l'incapacité du détenu, pendant son incarcération, de se choisir un représentant. On serait tenté de croire que si, nonobstant sa détention, l'intéressé est en mesure de se faire représenter, la tutelle n'a pas de raison d'être et par conséquent que le motif de l'interdiction n'a qu'une valeur relative et non absolue. Ce n'est pas l'avis de la Direction de la justice du canton de Zurich, pour qui (RDT 1960 n° 11 p. 109 et n° 20 p. 149) la privation de liberté pour plus d'un an est une présomption légale d'incapacité qui entraîne nécessairement l'interdiction. Mais, dans le deuxième des cas précités, l'autorité a renoncé à en instituer une — à titre exceptionnel — l'intéressé ayant désigné un représentant capable et la tutelle ne présentant pour lui que des désavantages. Changeant d'avis, elle a estimé, dans une circulaire, que l'interdiction pour cause de détention ne doit être ordonnée que lorsqu'elle présente une utilité pratique pour la protection des intérêts du prévenu et de la société, ce qui doit s'examiner de cas en cas (in RDT 1972 n° 15 ch. I p. 93/94). Du reste, la tutelle du détenu libéré cesse *avant l'expiration de la peine* lorsque durablement le condamné n'est plus soumis à un patronage, selon la Cour d'appel du canton de Berne (RDT 1949 n° 13 p. 30) qui s'appuie des auteurs (EGGER, n. 8 ss ad 371 CC; Kaufmann, n. 12 ad 371 CC) et de la jurisprudence (SJZ 34 p. 234; RO 62 II p. 69): c'est admettre que dans ce cas l'interdiction a pour fondement le besoin *effectif* de sauvegarder les intérêts du condamné, ce qui réduit la présomption à être renversable, à tout le moins.

l'incapacité d'exercer l'autorité parentale à partir d'une incapacité également présumée à gérer ses propres affaires.

2° Lorsque l'incapacité à établir en vue de l'interdiction n'atteint pas un degré tel qu'elle compromette l'existence personnelle, ou la situation financière, en tant qu'elle est nécessaire à une vie personnelle autonome de l'intéressé. Cela nous paraît être le cas, pour la cause d'interdiction volontaire prévue à l'art. 372 CC.

En effet, il convient de remarquer que l'incapacité de gérer ses affaires, au sens de l'art. 372 CC, est qualifiée, et non pas absolue comme dans les art. 369 et 370 CC, ou même 371 CC (par implication). Aussi bien, le texte de l'art. 372 CC prévoit que le majeur qui demande sa mise sous tutelle doit établir qu'il est empêché de gérer *convenablement* ses affaires. Le degré d'incapacité est donc moindre dans ce cas que dans les autres. Cela signifie que la demande de l'intéressé lui-même tendante à une interdiction compense ce qu'il manque de qualification juridique à son incapacité pour être une cause visée aux art. 369 et 370 CC. Cela est si vrai que, pour la même raison, l'intéressé pourrait demander aussi bien une curatelle, sans que l'autorité, au cas d'une pareille demande, ait le choix entre la curatelle et la tutelle: elle est au contraire liée par la requête (446*sexies*). C'est dire qu'en pareille hypothèse l'incapacité de pourvoir aux soins que réclame la personne n'atteint pas le degré suffisant pour qu'un lien de probabilité juridiquement convenable soit établi entre l'incapacité de celui qui requiert la tutelle volontaire et son incapacité d'exercer la puissance paternelle. Si, en effet, la présomption est justifiée, parce qu'elle trouve sa pleine raison d'être, lorsque l'incapacité est du degré *grave* prévu aux art. 369 et 370 CC, c'est étendre la présomption de l'art. 285 al. 1 CC au-delà de ce qui la fonde en droit, que d'admettre qu'elle a lieu identiquement en cas de demande de tutelle volontaire. On ne saurait au

(446*sexies*) Dans ce sens, le Conseil d'Etat du canton de Berne (in RDT 1956 n° 18 p. 73). Cela signifie que l'autorité tutélaire doit s'en tenir, si la demande motive seule sa décision, au régime d'administration et de représentation légales demandé par le requérant: ainsi, dans le cas cité, l'autorité ne pouvait désigner un *conseil légal* (volontaire) alors que le requérant avait demandé l'institution d'une *curatelle* volontaire. Il est entendu cependant que l'autorité, si l'instruction de la cause lui fait découvrir des motifs suffisants pour instituer un autre régime que celui qui a été demandé, peut ouvrir d'office une enquête et prendre de même une autre décision. L'arrêt cité du reste le dit clairement. Du reste, le Conseil d'Etat du canton de Thurgovie a relevé que, la curatelle de l'art. 394 CC tendant à fournir une assistance aussi bien économique que personnelle, il sera possible dans certains cas de s'abstenir de prononcer une interdiction. Le raisonnement est fondé sur le fait que les causes de curatelle de l'art. 394 CC étant les mêmes que les causes de tutelle de l'art. 372 CC, l'effet est le même à l'interdiction près et par conséquent à la retenue près par le pupille de ses droits civils (art. 417 al. 1 CC) . Il s'agit au fond d'une tutelle (de l'art. 372 CC) atténuée (RDT 1952 n° 21 p. 71).

surplus s'empêcher de remarquer que la déchéance de l'autorité parentale n'entrerait nullement en ligne de compte si, sans que l'autorité tutélaire puisse prendre une autre mesure en l'absence d'une cause d'interdiction des art. 369 et 370 CC, l'intéressé se bornait à demander la curatelle.

3° Lorsque l'interdiction n'est pas causée par l'incapacité de maîtriser sa situation personnelle; tel est le cas lorsque volontairement ou d'office la curatelle du conseil légal, qui est une interdiction partielle, est instituée au sens de l'art. 395 al. 2 CC, voire au sens des art. 395 al. 1 et 2 CC combinés. En effet, l'incapacité, pour l'application de ces articles, ne vise que le domaine financier (446*septies*). Or, c'est la personne aux besoins de laquelle il s'agit de pourvoir dans le cas des art. 369 et 370 CC, y compris même l'art. 372 CC. Mais on a vu plus haut que la seule incapacité des parents en matière financière ne suffit pas, lorsqu'il n'y a pas de conséquence sur les nécessités premières et fondamentales du développement physique et moral de l'enfant, à faire prononcer la déchéance de l'autorité parentale (447).

Pour BOZER (p. 20), dès le moment où l'institution de la tutelle résulte d'une décision de l'autorité, l'interdiction n'est pas seulement la conséquence de la requête tendant à l'application de l'art. 372 CC. C'est oublier que l'autorité est liée par les termes de la demande, contrairement à ce qui se passe en matière tutélaire, où la maxime d'office est la règle.

(446*septies*) C'est dans ce sens, nous semble-t-il, qu'il faut interpréter la décision du Conseil d'Etat du canton de Berne qui a approuvé la déchéance de l'autorité parentale d'un titulaire placé sous conseil légal — sans précision — et par conséquent interdit partiellement, en relevant que cette espèce d'interdiction n'entraîne la déchéance que selon les motifs qui ont conduit à la mise sous conseil légal. D'où l'on peut déduire que la déchéance de l'autorité parentale n'est pas de plein droit (SJZ 14/1917/18 p. 227 n° 181). La jurisprudence est constante depuis l'arrêt TF, 2e Cour civile, 17 octobre 1912, ETTLIN contre OBWALD, RO 38 II n° 66 p. 434. Pour le Tribunal fédéral (RO 78 II p. 333), le conseil légal n'est pas chargé de l'assistance personnelle au pupille, de telle sorte que l'on ne peut par exemple imposer un conseil légal à un ivrogne, s'il ne gère pas sa fortune et que celle-ci ne soit pas mise en péril par des dépenses excessives. Selon la Direction de la justice du canton de Zurich (RDT 1947 n° 49 p. 107), si l'état de l'intéressé ne nécessite pas d'assistance à la personne, mais bien une aide au point de vue financier, le conseil légal de l'art. 395 CC est suffisant. Ainsi, le Conseil d'Etat du canton de Berne, in RDT 1958 n° 13 p. 59. Telle est aussi l'opinion de Braegger (RDT 1950 p. 46 thèse 1) qui parle de la combinaison des deux formes du conseil légal (art. 395 al. 1 et 395 al. 2 CC). Celui qui est placé sous conseil légal gérant demeure libre pour tout ce qui a trait à sa personne (circulaire du Tribunal cantonal vaudois du 26 juin 1956 in RDT 1958 p. 36).

(447) C'est bien d'ailleurs pour cela que la mise sous curatelle du conseil légal au sens de l'art. 395 CC n'emporte pas la déchéance des droits des père et mère sur le patrimoine du mineur (HEGNAUER, n. 6 ad 298 CC). A cela s'ajoute (ainsi que le remarque justement SPITZER, in RDT 1965 p. 82 ch. II) cette condition imposée par la pratique que les mesures tutélaires ne peuvent être prises que si la personne à interdire ne peut ni agir elle-même ni désigner et contrôler un représentant privé.

Lors donc que le titulaire de l'autorité parentale est interdit en application des art. 371 ou 372 CC, ou lorsqu'il est interdit partiellement (art. 395 al. 2 ou 395 al. 1 et 2 CC combinés), et que, d'ailleurs, les conditions de l'art. 311 al. 1 CC ne sont pas spécifiquement réalisées (448), l'autorité tutélaire peut prendre les mesures visées à l'art. 325 CC, à l'exception du changement du régime de l'administration légale, car celui qui est interdit ne peut être tuteur (art. 384 ch. 1 CC).

(448) A l'appui de cette opinion, on pourrait constater que pour EGGER (n. 5 ad 273 CC), l'absence d'opposition à une interdiction manifestement mal fondée ou arbitraire est un aveu d'incapacité qui autorise des mesures au sens de l'art. 297 ancien CC, autant que par là le détenteur de l'autorité parentale a abdiqué celle-ci (contrairement à la nature de cette institution).

TITRE SIXIÈME

Rapports réciproques des mesures protectrices et fin de celles-ci

Chapitre premier

Les rapports réciproques des mesures protectrices

Section 1: Généralités

La question à résoudre ici est de savoir quelles mesures protectrices peuvent sortir simultanément des effets juridiques relativement à un seul et même administrateur et à un seul et même patrimoine ou à une seule et même partie d'un patrimoine. La difficulté peut naître en effet de ce que ces mesures consistent à modifier en tout ou en partie le statut de l'administrateur et à altérer en conséquence l'exercice de son pouvoir de disposition sur tout ou partie du patrimoine qu'il gère. La réponse à donner dépend ainsi en définitive du point de savoir si la condition faite à l'administrateur par une décision de l'autorité de tutelle implique ou exclut la validité d'une mesure ordonnée séparément, qu'elle soit antérieure, concomitante, ou postérieure.

S'il y a incompatibilité, la décision qui la cause l'emporte si elle est postérieure à celle qui ordonne la première mesure, car à notre sens l'autorité de tutelle peut légitimement être présumée avoir voulu abroger celle-ci en ordonnant la seconde.

Si la même décision cause l'incompatibilité, l'autorité ne peut être présumée — dans le cas des père et mère administrateurs légaux — avoir voulu ordonner la moins grave, dès le moment où elle ne peut le faire que si l'une et l'autre mesure sont adéquates: il ne reste dès lors plus que la voie d'une demande de décision interprétative, où l'autorité de tutelle dira quelle mesure elle entend maintenir. Le tout, à notre sens, sous réserve du recours de l'art. 420 al. 2 CC, ou, si l'on préfère, du recours général postulé par l'organisation des autorités de tutelle.

Section 2: Compatibilité des mesures entre elles

§ 1. La déchéance de l'autorité parentale

A notre avis, la déchéance de l'autorité parentale pour les causes de l'art. 311 al. 1 et avec les effets de l'art. 311 al. 3 CC n'est rien d'autre que la privation générale et absolue d'entrer dans un rapport d'autorité sur la personne de l'enfant et sur les biens de celui-ci. Il est évident que dans ces conditions aucune autre mesure de protection du patrimoine ne peut être envisagée touchant le parent qui a été frappé de la déchéance. Cette mesure aussi bien n'aurait plus d'objet.

Cependant, la déchéance de l'autorité parentale n'est pas réalisée dans la plénitude de cette définition et doit s'analyser comme un changement de régime lorsque le retrait de l'autorité parentale est prononcé pour les motifs de l'art. 312 CC, savoir lorsque les père et mère le demandent pour de justes motifs (art. 312 al. 1 CC) et lorsqu'ils ont donné leur consentement à l'adoption future de l'enfant par des tiers anonymes (art. 312 al. 2 CC).

La cause énoncée à l'art. 312 ch. 2 CC n'est autre que celle que prévoyait l'art. 286 a CC ancien, dont la raison d'être était ainsi expliquée par le Message du Conseil fédéral:

> «Lorsqu'un tel consentement (un consentement en blanc Réd.) est donné par des parents qui détiennent la puissance paternelle, ils se mettent ainsi hors d'état de l'exercer à l'avenir. En pareil cas, il faudra, selon l'art. 286 a du projet, désigner un tuteur à l'enfant jusqu'à ce que l'adoption intervienne. L'institution de la tutelle, qui met fin à la puissance paternelle, est du ressort de l'autorité tutélaire; l'existence d'un motif de retrait au sens de l'art. 285, 1er alinéa du code civil suisse, n'est pas nécessaire, et la procédure se règle d'après les art. 379 s, et non d'après l'art. 288 du Code civil suisse» (449).

Il s'agit bien, on le voit, d'une substitution de régime et non d'une déchéance au sens où nous l'avons définie plus haut.

La cause énoncée à l'art. 312 ch. 1 CC est nouvelle. Mais de toutes manières, l'intention clairement exprimée dans la loi est de reprendre, dans les deux cas, le dispositif de l'art. 286 al. 1 CC ancien, dont nous avons démontré qu'il n'établit qu'un changement de régime, et non la déchéance de l'autorité parentale au sens plein de la définition (450).

(449) FF 1971 I p. 1248 et 1249.

(450) Cf. même partie, tit. 4, chap. 1, sct 2, par. 1, B.

Il y a changement de régime au sens où nous l'avons défini lorsque la «déchéance» de l'autorité parentale n'a lieu qu'à l'égard d'un enfant parmi plusieurs ainsi que l'admet l'art. 311 al. 3 CC. Avant que cette disposition ne fût introduite, la possibilité d'une pareille mesure était discutée (451). A notre avis, ses partisans avaient raison, et pour le motif suivant: si les conditions de l'art. 285 al. 1 CC ancien sont réalisées à l'égard de l'un de plusieurs enfants, il est conforme au principe, cardinal en matière de protection des mineurs, de proportionnalité entre le mal auquel il s'agit de porter remède et ce remède lui-même, de ne prendre que la mesure nécessaire et suffisante (452): il est donc loisible, en pareil cas, de choisir la solution du changement de régime de l'art. 286 al. 1 CC ancien, comme plus adéquate à la situation. En d'autres termes, on peut, pour les motifs de l'art. 285 al. 1 CC ancien, adopter la solution de l'art 286 al. 1 CC ancien en nommant un tiers comme tuteur, conformément du reste à l'art. 286 al. 2 CC. Des causes qui amèneraient la solution extrême de la déchéance peuvent ainsi, pour le motif exceptionnel mais suffisant qu'elles ne sont réalisées qu'à l'égard d'un parmi plusieurs enfants, amener la solution moins grave d'un changement de régime. Dans ce cas, le titulaire de l'autorité parentale n'exerce plus celle-ci, non pour avoir perdu l'aptitude légale à soutenir le rapport d'autorité qui fonde l'autorité parentale, mais parce que l'autorité tutélaire met fin à ce régime et que, par conséquent, l'aptitude du titulaire n'a plus d'objet dans la mesure où ce régime est aboli. C'est pourquoi l'aptitude demeure quant aux enfants dont la personne et les biens restent soumis au régime de l'autorité parentale, faute d'institution d'un régime nouveau pour ce qui les concerne: c'est pourquoi aussi ces derniers enfants restent soumis à l'autorité parentale, dont la titularité et l'exercice demeurent nonobstant le changement de régime pour les autres, l'un des époux – ou aussi bien un tiers — pouvant être tuteur pour ce qui concerne ceux à l'égard de qui le régime nouveau est applicable. C'est pourquoi enfin l'art. 285 al. 3 CC ancien est absolument inapplicable en pareille hypothèse (453), tout comme la règle générale de l'art. 311 al. 3 CC.

(451) HEGNAUER (n. 39 ad 285 CC) l'admet, comme SILBERNAGEL (n. 42 ad 285 CC) et EGGER (n. 8 ad 285 CC).

Dans ce sens aussi, le Conseil d'Etat du canton de Berne, in RDT 1964 n° 15 cons. 2 p. 96/97.

(452) Ce sont les raisons mêmes pour lesquelles EGGER (n. 8 ad 285 CC) admet cette possibilité.

Cf. HEGNAUER (n. 43 à 48 ad 283 CC). Voir aussi le Conseil d'Etat du canton de Berne, in RDT 1964 n° 15 cons. 2 p. 96/97 et le préfet de Berne, in RDT 1969 n° 29 p. 102.

(453) Ainsi, HEGNAUER (n. 41 ad 285 CC).

De tout ce qui précède, nous pouvons conclure ceci: seule la déchéance de l'autorité parentale dans la pleine définition, c'est-à-dire celle qui est prononcée à la fois pour les causes de l'art. 311 al. 1 CC et avec les effets disposés en règle générale par l'art. 311 al. 3 CC a pour effet d'abolir toute aptitude à un rapport d'autorité quelconque du parent intéressé sur la personne du mineur et sur son patrimoine et se trouve dès lors incompatible avec une mesure protectrice quelconque visant le parent déchu de l'autorité parentale. En revanche, un changement de régime en matière d'autorité parentale, savoir aux conditions de l'art. 311 al. 1 CC et avec les effets disposés à titre d'exception par l'art. 311 al. 3 CC, ou aux conditions de l'art. 312 CC, n'a pas pour effet d'abolir l'aptitude dont nous parlions tout à l'heure. Dans ce cas, les facultés qui ont trait à l'assistance personnelle et celles qui regardent l'administration légale doivent recevoir une réglementation appropriée. En effet, seule la déchéance de l'autorité parentale crée une vacance générale et absolue en matière d'assistance personnelle du mineur et d'administration de son patrimoine. Les autres mesures ne créent de vacance que dans le domaine qu'elles touchent et — conformément aux principes généraux qui régissent l'action des autorités de tutelle – le domaine qu'elles touchent est celui-là seulement où le besoin de la mesure s'en fait sentir, mais non au-delà. Il suit que le changement de régime des art. 311 al. 1/311 al. 3 CC ou 312 CC ne peut être causé que par les besoins du mineur en matière d'assistance personnelle, et qu'il n'a d'effet qu'en cette matière, de telle sorte que les pouvoirs des père et mère ne sont pas atteints en matière d'administration légale. Dans ce cas, le tuteur n'intervient qu'en matière d'assistance personnelle, le parent gardant l'administration légale. Il se peut que les mêmes raisons qui conduisent au changement de régime en matière d'assistance personnelle doivent avoir des effets en matière d'administration légale: mais c'est qu'alors les conditions des mesures protectrices en matière de gestion sont également réalisées, ce qui confirme ce que nous venons de dire. En définitive, le changement de régime en matière d'assistance personnelle est ainsi compatible avec toutes les mesures protectrices ouvertes par le loi relativement au patrimoine du mineur.

Il y a lieu cependant de faire une exception pour des raisons pratiques évidentes: si l'enfant est confié à des tiers anonymes en vue d'adoption et qu'en conséquence il y ait lieu au changement de régime prévu par l'art. 312 ch. 2 CC, il est inopportun de ne pas confier à ces tiers — ou à une autre personne, mais sûrement pas aux parents — l'administration du patrimoine du mineur. Un retrait au sens de l'art. 325 al. 1 CC, avec nomination nécessaire d'un tiers, est dans ce cas inévitable.

§ 2. Les mesures protectrices de l'art. 324 CC

A. *Les mesures protectrices entre elles*

Les mesures visées par l'art. 324 al. 1 et 2 CC sont toutes compatibles entre elles. En effet, elles tendent à assurer au patrimoine du mineur l'intégrité, la sûreté, la productivité et — quant au revenu — l'affectation que les manquements des parents à leurs devoirs tendent à compromettre. Ces buts sont ceux mêmes qui sont proposés à l'administration du tuteur. C'est dire que les mesures que pourra prendre l'administration tutélaire seront, outre celles qu'elle prendra pour s'informer — ce qu'elle fera par les mêmes voies et moyens par lesquels elle s'informe sur l'administration d'un tuteur — de conseiller ou d'imposer aux père et mère, selon l'occurrence, des actes ou des abstentions qui sont ceux dont la loi fait des obligations au tuteur. Cette analogie de moyens, nous l'avons souvent répété, est la conséquence de l'analogie des fins. Il en résulte que les mesures appliquées aux parents seront aussi compatibles entre elles que le sont les différents devoirs du tuteur (454). Si l'on veut, les mesures individuellement prises apparaissent le démembrement de l'ensemble des devoirs légaux par lesquels s'exprime la surveillance que l'autorité de tutelle exerce sur les tuteurs.

B. *Les mesures protectrices en rapport avec le retrait de l'administration et les mesures analogues*

Qu'en est-il maintenant du rapport entre les mesures de l'art. 324 CC et celles de l'art. 325 CC? La réponse dépend de la nature de la mesure prise en application de l'art. 325 al. 2 CC. A cet égard, il en est une qui exclut l'application de l'art. 324 CC, c'est l'institution de la surveillance à laquelle les tuteurs sont soumis. Comme nous l'avons vu, les parents dépendent en pareil cas comme des tuteurs des instructions et du concours des autorités de tutelle. C'est dire que ce régime donne à ces dernières toutes les facultés que l'art. 324 CC leur conférait. Aussi bien, ces facultés se rapportent-elles aux mesures dont les autorités de tutelle pourraient exiger l'application de la part d'un tuteur. Le rapport du régime défini par l'art. 325 al. 1 CC à une quelconque des mesures de l'art. 324 CC est ainsi celui du tout à la partie. Nous dirons donc

(454) D'où suit également, comme Schiesser le remarque (RDT 1946 p. 87) qu'elles ne sont pas hiérarchisées entre elles, ni selon l'urgence, ni selon l'atteinte qu'elles font souffrir au pouvoir du détenteur de l'autorité parentale.

qu'il exclut l'application de l'art. 324 CC parce qu'il inclut les mesures que ce dernier prévoit. Il en est de même en cas d'institution d'une curatelle. En effet, l'exercice de l'administration par les père et mère n'a plus d'objet.

Cependant, en cas de changement du régime de l'administration légale ou retrait pur et simple de l'administration, les père et mère ne peuvent être astreints à des sûretés pour la partie du patrimoine à laquelle est étendue la mesure en cause (454*bis*). Dans la première hypothèse en effet, les père et mère seraient tenus de fournir des sûretés pour leur administration, alors que ni le tuteur ni le curateur ne sont tenus de le faire, non pas même quand il y a lieu de craindre qu'ils n'administrent pas convenablement. Dans la seconde hypothèse, le fait même que l'administration soit confiée à un tiers ôte tout motif légal de réclamer des sûretés. C'est également vrai, du reste, même lorsque certains actes seuls sur le même patrimoine sont réservés au curateur: s'ils le sont, c'est précisément ceux qui donnent lieu à des craintes s'ils sont laissés aux parents; or la curatelle est censée dissiper ces inquiétudes.

La réponse est différente lorsque le retrait ou le changement de régime sont limités à une partie du patrimoine du mineur, le solde restant soumis à l'administration légale des père et mère. Dans cette mesure, l'autorité tutélaire peut corriger leurs manquements en prenant les mesures prévues par l'art. 324 CC, s'il n'apparaît pas d'emblée que la seule solution possible est exclusivement d'étendre encore le retrait du droit d'administrer (454*ter*).

§ 3. Le retrait de l'administration et les mesures analogues

Il appert d'emblée qu'il n'est pas possible de prononcer, touchant le même patrimoine, simultanément le retrait de l'administration pure et simple, impliquant la désignation d'un tiers comme curateur, et le changement du régime de l'administration légale. On se trouverait devant deux mesures distinctes visant au même but, à savoir l'administration, sous la surveillance renforcée de l'autorité tutélaire, qu'elle soit confiée au titulaire de la puissance paternelle ou au curateur, d'une partie du patrimoine du mineur, soit relativement aux biens administrés, soit relativement aux actes laissés dans

(454*bis*) Du même avis, semble-t-il, Schiesser (p. 129). *Contra* Egger (n. 12 ad 297 CC) pour qui la soumission du détenteur de l'autorité parentale à la surveillance à laquelle sont astreints les tuteurs peut se combiner avec la prestation de sûretés.

(454*ter*) Dans notre sens, Spitzer, in RDT 1955 p. 9.

la compétence du détenteur de l'autorité parentale. C'est la même administration qui se verrait confiée à ce dernier réduit à la situation de tuteur et au curateur. Mais on ne voit plus guère alors pour quel motif on nommerait un curateur chargé spécialement des actes qui seraient laissés au détenteur de l'autorité parentale. Ou bien, en effet, le contrôle de l'autorité suffit et il n'est pas nécessaire de nommer un curateur, ou bien ce contrôle ne suffit pas et l'incapacité du détenteur est telle qu'il convient de conférer à un tiers les pouvoirs nécessaires. Dans la mesure où l'administration est cumulée sur deux têtes, la mesure prononcée dépasse le but poursuivi. Là encore, l'autorité tutélaire contreviendrait aux principes généraux applicables en matière de protection du mineur. En conséquence, ces deux mesures ne peuvent être prises qu'alternativement sur le même patrimoine. Elles peuvent exister en même temps toutefois sur des parties distinctes du patrimoine du mineur — ou pour des actes distincts sur le même patrimoine —.

Lorsque la mesure vise un autre que le titulaire de l'autorité parentale ès qualités, la question ne se pose pas: qu'il s'agisse du disposant ou d'une autre personne, l'administration lui est nécessairement retirée et nécessairement tout entière, ainsi que nous l'avons vu.

Chapitre II

La fin des mesures protectrices

Nous ne parlerons ici que des mesures durables, et non pas de celles qui consistent à ordonner un acte dont l'exécution épuise l'intervention de l'autorité tutélaire.

Dans cette optique, il faut considérer que les mesures tutélaires prennent fin de plein droit:

— avec le lien de filiation, c'est-à-dire en cas de désaveu, d'annulation de la reconnaissance ou de l'adoption (art. 256 à 256 c, 259, 260 a à 260 c, 269 à 269 b CC);

— avec l'extinction du rapport d'autorité constitué par l'autorité parentale, au sens large, soit à la majorité du mineur, soit qu'il en atteigne l'âge, soit qu'il se marie (art. 14 CC), soit qu'il s'émancipe (art. 15 al. 1 CC), soit qu'il y ait déchéance de l'autorité parentale (pour les mesures qui sont moins graves que celles-ci), soit que le mineur ou le titulaire de l'autorité parentale concerné par la mesure en cause décède ou soit absent, soit que l'autorité parentale soit attribuée à l'autre époux (en cas de dissolution du mariage par suite de nullité de celui-ci, d'absence de l'un des époux ou de divorce) (455);

— lorsque prend fin l'interdiction en cas de déchéance de l'autorité parentale. A notre sens, dans ce cas, l'art. 313 al. 2 CC, selon lequel le rétablissement dans l'autorité parentale ne peut avoir lieu avant un an à compter de la déchéance n'est pas applicable au père ou à la mère qui réclamerait la réintégration, à supposer

(455) Dans ce sens, Hegnauer (n. 160 ad 297 CC). Néanmoins, l'inventaire prescrit par l'art. 318 al. 2 CC doit avoir lieu quand bien même l'enfant devient majeur pendant le délai imparti pour l'établir (SJZ 15/1918/1919, p. 138 n° 31), ce qui nous paraît excessif attendu qu'il n'y a plus de gestion.

qu'il eût obtenu avant l'écoulement de ce délai la mainlevée de l'interdiction (456);

— lorsque sont terminées les affaires pour lesquelles une curatelle dite de représentation a été instituée (art. 439 al. 1 CC) (456*bis*).

En revanche, la mesure de protection ne prend fin que par un prononcé exprès de l'autorité tutélaire lorsque les causes qui ont motivé les mesures des art. 324 et 325 CC ont disparu, soit que les parents ne manquent plus à leur devoir, soit que le péril encouru par les biens de l'enfant ait cessé, soit encore qu'en général la cause de la déchéance de l'autorité parentale ait disparu. Tel est encore le cas lorsqu'une curatelle de gestion de biens a été instituée: celle-ci ne prend fin qu'avec la cause qui l'a motivée et dès que le curateur est relevé de ses fonctions (art. 439 al. 2 CC).

Il est bien évident que par fin des mesures de protection du patrimoine de l'enfant, il ne faut pas entendre que, les conditions réunies, l'intervention de l'autorité tutélaire cesse complètement, en ce sens qu'aucune mesure n'existe plus. Lorsque les conditions d'une mesure grave ne sont plus réalisées, l'autorité tutélaire peut, lorsque les conditions d'une mesure moins grave existent encore, ordonner celle-ci (457).

(456) Cf. HEGNAUER (n. 160 ad 297 CC). Il est bien entendu qu'aucune autre cause de déchéance ne doit être survenue dans l'intervalle: l'autorité compétente en effet n'a pas à réintégrer les père et mère dans l'autorité parentale attendu qu'une cause de déchéance a disparu, pour les en déchoir immédiatement parce qu'une autre s'est révélée (dans ce sens KIHM, in RDT 1950 p. 2).

(456*bis*) Ainsi, le Conseil d'Etat du canton de Lucerne (RDT 1962 n° 24 p. 90) blâme-t-il une autorité tutélaire d'avoir transféré une curatelle de l'art. 392 al. 2 CC (mission: partage) en curatelle de l'art. 297 al. 2 ancien CC (mission: surveillance) sans avoir mis fin par conséquent à la première et institué expressément une seconde. Le partage étant en effet terminé, l'autorité tutélaire aurait dû constater que la curatelle n'avait plus de raison d'être.

(457) Cf. sur ce point, HEGNAUER (n. 159 ad 297 CC). A propos du rétablissement dans l'autorité parentale, le Conseil d'Etat du canton de Berne (in SJZ 22/1925/26, p. 264 n° 217) a prononcé par une idée voisine de la nôtre qu'il ne peut être prononcé que lorsque non seulement la cause qui a motivé la déchéance n'existe plus, mais encore toute cause quelconque de déchéance. Idem, in SJZ 21/1924/25, p. 227 n° 184.

Documents législatifs

Loi fédérale sur le droit privé. Code civil suisse. Livres premier et deuxième. Droit des personnes et de la famille (avant-projet), Berne, 1896.

Code civil suisse. Avant-projet du Département fédéral de justice et police, Büchler & C^ie^, Berne, 1900.

ZGB. Protokoll der Expertenkommission, 2 mars 1902.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 28 mai 1904, concernant le projet du Code civil suisse FF 1904 IV 1.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 12 mai 1971, concernant la modification du Code civil suisse (adoption) FF 1971 I 1222.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 5 juin 1974, concernant la modification du Code civil suisse (filiation) FF 1974 II 1.

Bulletin sténographique.

Bibliographie

ALBISSER, Heinrich: *Hat die Entmündigung der Eltern den Entzug der elterlichen Gewalt zur Folge?* RDT 1951, p. 43.

BAUMANN, Werner: *Der Art. 297 ZGB in der Praxis*, RDT 1948, p. 51.

— *Das Vorkaufsrecht von Minderjährigen nach dem neuen Bundesgesetze über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes*, RDT 1953, p. 81.

— *Die höchstpersönlichen Rechte des Bevormundeten*, RDT 1956, p. 1.

BECKER, Heinrich: *Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht*, 2. Abteilung, Stämpfli & C^ie^, éditeur, Berne 1941.

BINDSCHEDLER, Olga: *Die elterliche Vermögensrechte in rechtsvergleichender Darstellung*. Thèse Zürich 1914.

BONNARD, Claude: *Les autorités de tutelle et la Loi fédérale du 12 juin 1951 sur le maintien de la propriété foncière rurale*, RDT 1953, p. 89.

BOZER, Ali: *Les droits d'administration et de jouissance des père et mère sur les biens de l'enfant*. Thèse, Neuchâtel 1951.

BRAEGGER, Léo: *Die Wirkungen der kombinierten Beiratschaft (Art. 395 Abs. 1. und Abs. 2 ZGB)*, RDT 1950, p. 46.

CORNAZ, Olivier: *Curatelle d'un mineur dont les biens sont soustraits à l'administration des père et mère en vertu de l'article 294 al. 2 CCS*, RDT 1949, p. 10.

CUÉNOD, Bernard: *L'interdiction des parents entraîne-t-elle la déchéance de la puissance paternelle?* RDT 1949, p. 121.

CURTI-FORRER, Eugène: *Commentaire du Code civil suisse*. Traduit de l'allemand par Max-E. Porret, Delachaux & Niestlé SA, éditeurs, Neuchâtel, 1912.

DABIN, Jean: *Doctrine générale de l'Etat*. Bruxelles 1948.

DU PASQUIER, Alfred: *Les articles 297 et 298 CC*, RDT 1948, p. 57.

EGGER, A.: *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*. II. Band. Das Familienrecht, 2. & 3. Abteilungen, Schulthess & Co AG, éditeur, 1. Auflage, Zürich 1914; 2. Auflage, Zürich, 1943 & 1948.

FICK, F.: *Commentaire du Code fédéral des obligations du 30 mars 1911*, 1^er^ volume, Titres I à XXII révisés, avec la collaboration de A. de Morlot, adaptation française de la 4^e^ édition allemande par Max-E. Porret, Delachaux & Niestlé SA, éditeurs, Neuchâtel 1915.

FREY, Hans: *Die Unterhaltungspflicht der Eltern gegenüber ihren Kinder nach schweizerischem Recht*. Thèse Zürich 1948.

FRISCHKOPF, Edith: *Die gemeinsame Ausübung der elterlichen Gewalt durch Vater und Mutter nach schweizerischen Recht*. Thèse Fribourg 1970.

FURRER, Werner: *Der Kindesvermögenschutz bei Geschäftsbeteiligungen*, RDT 1948, p. 59.

GAUTSCHI, Georg: *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*. Band IV. Das Obligationenrecht. 2. Abteilung. 4. Teilband. Der einfache Auftrag. Stämpfli & C^ie, éditeur Bern 1971.

GAUTSCHI, Willy: *Über die Verwaltung des Kindesvermögens durch den Inhaber der elterlichen Gewalt*, SJZ 22 (1946), p. 241.

GILLIARD, François: *Le contrat avec soi-même*. Thèse Lausanne 1946.

HEFTI, Hans: *Die Vormundschaftliche Amtsführung nach dem schweiz. Zivilgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der prinzipiellen Selbständigkeit des Vormundes in seiner Amtstätigkeit*. Thèse Berne 1916.

HEGNAUER, Cyril: *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*. Band II. Familienrecht. 2. Abteilung, 1 & 2. Teilbände. Das eheliche Kindesverhältnis, Stämpfli & C^ie, éditeur, Berne 1964.

— *Die Revision der Gesetzgebung über das ausserehelichе Kindesverhältnis*, RDS 1965 II 1, 891, 942.

— *Kann der Pflichtteil des Kindes nach 294 ZGB von der elterlichen Verwaltung und Nutzung befreit werden?*, SJZ 63 (1967), p. 301 et 317.

HOMBERGER, A.: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band IV. Das Sachenrecht. 3. Abteilung. Besitz und Grundbuch. Schulthess & C^ie, éditeur Zürich 1938.

HUBER, Eugen: *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, C. Detloff, éditeur, Bâle 1886.

JENNY, Franz: *Die Verantwortlichkeit der Vormundschaftlichen Organe bei der Anlage von Mündelvermögen*, RDT 1959, p. 121.

KAUFMANN, Joseph: *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*. Band II. Familienrecht. 3. Abteilung: Die Vormundschaft. Stämpfli & C^ie, éditeur, Berne 1924.

KIHM, Max: *Vormundschaftsbestellung im Falle der Wiederverheiratung von Vater oder Mutter gemäss 286 ZGB*, RDT 1950, p. 1.

KNAPP, Charles: *Le régime matrimonial de l'union des biens*, Editions de La Baconnière Neuchâtel 1956.

KOENIG Willy: Article reproduit sous le titre: *Kinderlebensversicherung. Vertragsabschluss. Begünstigungsklausel. Abtretung und Verpfändung. Mitwirkung von Beistand und Vormundschaftsbehörde*, ZBGR 23 (1942), p. 118, II.

LALIVE, Pierre: *La révision du droit de la filiation illégitime*, RDS 1965 II, 543, 896, 945.

LARDY, Pierre: *Les législations civiles en Suisse*, Genève 1898.

LECOULTRE, Roger: *La curatelle de représentation (art. 392 ch. 1, 2, 3; 282 CC)*, RDT 1964, p. 1.

— *La curatelle de l'héritier (art. 392 ch. 1, 393 ch. 1 & 3 CC) considérée dans ses rapports avec l'administration d'office des successions (art. 554 ch. 1 et 3 du CC) et la liquidation des successions insolvables (art. 597 CC & 221 et ss LP)*, RDT 1954, p. 55.

LEEMANN, Heinrich: *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht.* Band IV, 2. Abteilung. Die beschränkten dinglichen Rechte. Stämpfli & C^ie, éditeur, Berne 1925.

LEMP, Paul: *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht.* Band II. Familienrecht. 1. Abteilung. Das Eherecht, Stämpfli & C^ie, éditeur, Berne 1964.

LINK, Fritz: *Massnahmen zum Schutze des Kindesvermögens*, RDT 1965, p. 1.

MAIER, Edouard: *Contribution à l'étude de l'intervention des autorités de tutelle dans l'exercice de la puissance paternelle (art. 283, 284, 291, 297 et 298 CCS).* Thèse Lausanne 1921.

MEYER, Francis: *Le remariage de l'époux divorcé investi de la puissance paternelle*, RDT 1962 p. 41.

PEYER Emil: *Die Vertretung der Anzunehmenden und die Form der Willensäusserungen bei der Kindesannahme*, ZBGR 35 (1924), p. 121.

RITTMEYER, Oskar: *Die Schutztendenzen des schweizerischen Vormundschaftsrechts.* Thèse Bâle, sans date.

ROSSEL, Virgile et MENTHA, F.-H.: *Manuel du droit civil suisse*, 1^ere édition, Payot & C^ie, éditeur, Lausanne (sans date).

SCHIESSER, Heinrich: *Der Schutz des Kindesvermögens im schweizerischen Zivilrecht.* Thèse Zürich 1945.

— *Der Schutz des Kindesvermögens im allgemeinen*, RDT 1946, p. 44.

— *Die Sicherstellung des Kindesvermögens gemäss Art. 297 II ZGB*, RDT 1946, p. 87.

SCHÖNENBERGER, W.: *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch.* Band VI. Die kantonalen Erlasse zum Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht Schulthess & Co, éditeur, Zürich 1939.

SCHULTHESS, Herbert: *Entstehung und Untergang im ehelichen Kindesverhältnis nach dem schweizerischen ZGB.* Thèse Berne 1934.

SIMEN, Elvezio: *Das Dispositionsrecht des Nutzniessers und des Nutzungsberechtigten nach ZGB.* Thèse Berne 1929.

SILBERNAGEL, A.: *Kommentar zum schweizerischen Familienrecht*, 2. Abteilung. Die Verwandtschaft, Stämpfli & C^ie, éditeur, Berne 1927.

SPECKER, Karl: *Erfüllung sittlicher Pflichten des Bevormundeten*, RDT 1949, p. 81.

SPITZER, Gerd: *Die Probleme des Kindesvermögensschutzes*, RDT 1955, p. 1.

— *Die Vormundschaft wegen längerer Freiheitsstrafe*, RDT 1965, p. 81.

— *Die elterliche Gewalt der ausserehelichen Mutter*, SJZ 42 (1966), p. 17.

— *Die Revision des Vormundschaftrechts*, RDT 1977, p. 1.

SORG, Hans: *Der Unterhalts-, insbesondere Abfindungsvertrag bei ausserehelichen Vaterschaften*, RDT 1963, p. 1.

STOECKLI, Carl: *Der Strafverhaft als Entmündigungsgrund (Art. 371 ZGB)*, RDT 1961, p. 1.

TARAKÇIOGLU, Nurettin: *Le contrôle de la puissance paternelle.* Thèse Neuchâtel 1951.

TENCHIO, Ettore: *Il conjuge superstite di fronte ai figli sotto la potesta dei genitori nel diritto di famiglia.* Thèse Berne 1939.

TRUEB, Hans: *Das Nutzungsrecht des Ehemannes und der Eltern nach Zivilgesetzbuch.* Thèse Berne 1915.

TUOR, Pierre: *Le Code civil suisse (2^e édition française).* Editions polygraphiques SA, éditeur, Zürich 1950.

SCHNYDER, Bernard et TUOR, Peter: *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 9e édition, Polygraphische Verlag AG, Zürich 1975.

TUOR, Peter et PICENONI, Vito: *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*. Band III. Das Erbrecht 2. Abteilung. Der Erbgang. Stämpfli & Co AG Bern 1964.

VON TUHR, Andreas: *Partie générale du Code fédéral des obligations*, traduit par Maurice de Torrenté et Emile Thilo, Lausanne 1929-1931.

WEISS, G.: *Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweizerischen Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht*. Schulthess & Co, éditeur, Zürich 1942.

WIDMER, Hedwig: *Die Anzehrung des Kindesvermögens durch den Inhaber der Elterngewalt nach dem Rechte des schweizerischen ZGB*. Thèse Zürich 1922.

Achevé d'imprimer
en janvier 1978
sur les presses des
Imprimeries Réunies S.A.,
à Lausanne.

Imprimé en Suisse